

ACTAS DEL V CONGRESO DE PRINCIPIOS GENERALES Y DERECHO ROMANO

➤ 2018

Mirta Beatriz Álvarez
Agustín Andrich
Emiliano Buis
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Ricardo Ariel Forestale
Yamila Fuentes Francis
Germán Gabriel García Medavar
Juan Carlos Ghirardi
Héctor Lázzaro
Lourdes Llorvandi
Luis Aníbal Maggio
Andrea Silvana Mederos

Gastón Medina
Jesús Gabriel Mercado
Laura Liliana Micieli
Marilina Miceli
Gabriela Victoria Morel
Leticia Núñez
Norberto Darío Rinaldi
Julieta Rodríguez
Mariana Verónica Sconda
Emerson Scrofano
Claudia Somovilla
Enrique Sosa
María del Rosario Stoppani
Adrián Gustavo Vedia

ACTAS DEL V CONGRESO DE PRINCIPIOS GENERALES Y DERECHO ROMANO

» 2018



Mirta Beatriz Álvarez
Agustín Andrich
Emiliano Buis
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Ricardo Ariel Forestale
Yamila Fuentes Francis
Germán Gabriel García Medavar
Juan Carlos Ghirardi
Héctor Lázzaro
Lourdes Llorvandi
Luis Aníbal Maggio
Andrea Silvana Mederos

Gastón Medina
Jesús Gabriel Mercado
Laura Liliana Micieli
Marilina Miceli
Gabriela Victoria Morel
Leticia Núñez
Norberto Darío Rinaldi
Julieta Rodríguez
Mariana Verónica Sconda
Emerson Scrofono
Claudia Somovilla
Enrique Sosa
María del Rosario Stoppani
Adrián Gustavo Vedia

Universidad de Flores

Rectora

Arq. Ruth Fische

Facultad de Derecho

Decana

Dra. Cecilia Garau

Director de la carrera de Abogacía

Dr. Juan Carlos Carretero

2019.- 392 pág.; 15 x 23 cm.

ISBN: 978-987-710-104-1

Diseño de portada: María Cecilia Kowalewicz

Maquetación: María Cecilia Kowalewicz

© Editorial de la Universidad de Flores, 2018

Octubre de 2018. Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en Buenos Aires

La reproducción total o parcial de este libro, en cualquier forma que sea, idéntica o modificada, no autorizada por los editores, viola derechos reservados; cualquier utilización debe ser previamente solicitada.

Alvarez, Mirta

Actas del V Congreso de principios generales y derecho romano / Mirta Alvarez ; Norberto Darío Rinaldi. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Flores, 2019.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-710-104-1

1. Derecho. I. Rinaldi, Norberto Darío II. Título

CDD 340

Índice

Prólogo _____ 9
Norberto Darío Rinaldi

**Crónica del V Congreso sobre Principios
Generales y Derecho Romano** _____ 11
Mirta Beatriz Álvarez

Conferencias

**Políticas de la compasión, *performance*
emotiva y gestos de la súplica judicial
en la oratoria ciceroniana** _____ 13
Emiliano Buis

**La búsqueda de la verdad,
¿es un principio fundamental del derecho?** _____ 29
Juan Carlos Ghirardi

**Algunas reflexiones acerca de la situación
de la mujer en el derecho romano** _____ 45
Elvira Méndez Chang

**Originalidad y actualidad
de la compraventa romana** _____ 79
Luis Rodríguez Ennes

Ponencias

- Principios que rigen la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Una mirada romanista** _____ 103
Mirta Beatriz Álvarez
- Proceso electoral romano en época republicana** _____ 117
Agustín Andrich, Emerson Scrofono y Lourdes Llorvandi
- La reinterpretación del principio del favor *debitoris* para resolver conflictos bioéticos** _____ 131
Susana Isabel Estrada
- Responsabilidad social universitaria en la Universidad Católica de Córdoba** _____ 157
María Cristina Filippi
- El derecho romano en relación con la literatura del siglo II d. C. Análisis etimológico y conceptos vinculados con los cultos de la época** _____ 177
Ricardo Ariel Forestale
- De las causas por las cuales el derecho civil puede desviarse del derecho natural** _____ 187
Germán Gabriel García Medavar
- La primacía de la realidad material por sobre las formas en el derecho romano** _____ 191
Germán Gabriel García Medavar
- Comienzo de la existencia de la persona humana** _____ 197
Héctor Lázzaro
- Una pregunta: ¿existen los principios jurídicos?** _____ 203
Luis Aníbal Maggio
- Autonomía y competencias municipales en Roma. Proyecciones en la Argentina del siglo XXI** _____ 217
Andrea Silvana Mederos

Obligación y responsabilidad en el Código Civil y Comercial- una mirada desde el derecho romano _____	243
Gastón Medina	
La significancia jurídica de la víctima que interviene en su propio daño en el Código Civil y Comercial argentino y en el derecho romano _____	257
Jesús Gabriel Mercado	
Justicia y equidad, una relación de género y especie. Su origen en la <i>aequitas</i> _____	283
Marilina Miceli y Leticia Núñez	
La costumbre como fuente del derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación _____	291
Laura Liliana Micieli, Adrián Gustavo Vedia y Yamila Fuentes Francis	
La compensación económica y la obligación de restitución de la dote. Una mirada con perspectiva de género _____	307
Gabriela Victoria Morel	
El principio del interés superior del niño en un fallo _____	317
Julieta Rodríguez	
El principio que veda las donaciones entre cónyuges. Su origen en el derecho romano y su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina _____	329
Mariana Verónica Sconda	
Criterio romano en un dictamen de Vélez Sarsfield sobre facultades de la policía _____	367
Claudia Somovilla	
El <i>negotium</i> jurídico como principio del derecho _____	373
Enrique Sosa	
El rol del notario latino en la conformación de la <i>bona fides</i> _____	379
María del Rosario Stoppani	

Prólogo

Por Norberto Darío Rinaldi

Una vez más nos encontramos ante la muy grata tarea de presentar la publicación de las actas de uno de los Congresos, el quinto en esta ocasión, sobre Principios Generales y Derecho Romano que organizan, cada vez con mayor éxito, la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores (UFLO) con la colaboración del Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli”.

Tenemos en primer término que hacer una especial mención al hecho de que las actas no se presentan, como lo fue en todas las otras ocasiones, en una lujosa edición con formato de libro, lo que, sin duda alguna, implicaba no solo un esfuerzo de producción muy importante que consistía en reunir los trabajos, darles homogeneidad y organización, sino también una inversión económica muy importante que UFLO realizó con singular generosidad y desprendimiento. Porque ha de saberse que los libros académicos como aquellos no son de ninguna manera un negocio, porque no tienen un fin económico, son pura inversión. Algunos ejemplares se venden, pero la mayoría se distribuye en distintas universidades, bibliotecas públicas y centros de estudio de todo el mundo.

Lamentablemente la versión correspondiente al V Congreso de Principios Generales y Derecho Romano no podrá realizarse en soporte papel, debido a los muy altos costos que involucraría. Afortunadamente, para lograr mantener los trabajos al alcance de quienes estén interesados, existen en la actualidad métodos virtuales que permiten mantener la tradición de la publicación de las actas de los Congresos que han sido utilizados con singular éxito.

En el presente ejemplar se puede gozar de la lectura del texto de cuatro conferencias de altísimo valor académico. El Prof. Dr. Juan Carlos Ghirardi nos trae una inquietante pregunta a través de su trabajo titulado “La búsqueda de la

verdad, ¿es un principio general del derecho?”. Por otra parte nos adentramos en la intimidad de Cicerón gracias a la conferencia del Prof. Dr. Emiliano Buis titulada “Políticas de la compasión, *performance* emotiva y gestos de la súplica judicial en la oratoria ciceroniana”.

Una vez más vino de España el múltiple laureado Prof. Dr. Luis Rodríguez Ennes que abordó el siempre novedoso tema de la compraventa en su trabajo titulado “Originalidad y actualidad de la compraventa romana”. Finalmente, no podían faltar “Algunas reflexiones acerca de la situación de la mujer en el derecho romano”, como tituló su parte la Prof. Dra. Elvira Méndez Chang, dignísima representante de Perú –su país– y de Latinoamérica.

Las veinte ponencias regulares que pueden leerse en la presente edición son de los más diversos temas, aunque todos referidos a diversos aspectos del derecho romano y los principios generales del derecho. Es así que encontramos trabajos sobre el derecho público romano, como los de Agustín Andrich, Emerson Scrofono y Lourdes Llorvandi; María Cristina Filippi; Ricardo Ariel Forestale; y Andrea Mederos. Sobre filosofía, como los de Anibal Maggio; Claudia Somovilla; Marilina Miceli y Leticia Núñez; y Germán Gabriel García Medavar. Sobre el derecho privado romano como los de Mirta Álvarez; Susana Estrada; German Giarrocco; Héctor Lázaro; Gabriela Morel; Enrique Sosa; Rosario Stoppani; y Mariana Sconda. Y casi todos terminan conectados con la problemática jurídica moderna, especialmente con el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación como los de Gastón Medina; Gabriel Mercado; Julieta Rodríguez; y Laura Liliana Micieli, Adrián Gustavo Vedia y Yamila Fuentes Francis.

Como puede apreciarse, el V Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano ha sido un nuevo y rotundo éxito académico que no hace otra cosa que continuar los anteriores. El entusiasmo con que juristas y profesores de todo el país, incluyendo las muy importantes visitas de romanistas extranjeros, participan año a año, demuestran que estos eventos se han convertido ya en una poderosa fuente académica en la materia.

Crónica del V Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano

Por Mirta Beatriz Álvarez

Los días 26 y 27 de Octubre de 2018, se celebró en el Auditorio de la Universidad de Flores, el “V Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores y el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli”.

A continuación de la ceremonia inaugural, tuvo lugar la primera conferencia, a cargo del Doctor Juan Carlos Ghirardi, de la Universidad Nacional de Córdoba, titulada “La búsqueda de la verdad, ¿es un principio general del derecho”.

Como cierre de la primera jornada, la Prof. Elvira Méndez Chang, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, disertó sobre “La situación de la mujer en el derecho romano”.

La segunda jornada comenzó con la conferencia del Dr. Emiliano Buis (UBA, Conicet, UNICEN), quien expuso sobre “Políticas de compasión, *performance* emotiva y gestos de la súplica judicial en la oratoria ciceroniana”.

La conferencia de cierre del Congreso, estuvo a cargo del Prof. Luis Rodríguez Ennes, de la Universidad de Vigo (España) y Doctor honoris causa de la Universidad de Flores, sobre el tema “Originalidad y actualidad de la compra-venta romana”.

Se expusieron y debatieron más de treinta de ponencias de altísimo nivel, presentadas por profesores de distintas áreas del derecho (romanistas, historiadores, de derecho comercial, de filosofía y de teoría del derecho) provenientes de distintos puntos de nuestro país.

La asistencia fue muy numerosa –tanto de profesores como de alumnos– por lo que la capacidad del auditorio se vio colmada durante todo el evento.

Asistieron profesores de las siguientes universidades: UFLO, UBA, El Salvador, Kennedy, UAI, UCA, Morón, UCES, Austral, La Matanza, José C. Paz, San Isidro, Belgrano, UNICEN, Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba, Nacional de Tucumán, Nacional de La Rioja, Nacional del Comahue, Nacional de La Pampa, Nacional de La Plata, Nacional de Lomas de Zamora, Católica de La Plata, Católica de Santiago del Estero, Católica de Salta y Nacional de Chaco Austral.

También estuvieron presentes las actuales presidenta y vicepresidenta de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), cuatro presidentes eméritos de ADRA, el director del Instituto de Derecho Romano Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el ex director y el secretario del Instituto de Derecho Romano del Colegio de Abogados de La Plata.

El Comité Académico estuvo integrado por el Dr. José Carlos Costa (UBA, USAL), Cristina Filippi (Universidad Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba), Laura Liliana Micieli (Universidad Nacional de La Rioja), Alicia Ares Nogueira (Universidad Nacional del Comahue), Claudia Alicia Rezek (Universidad Nacional de Lomas de Zamora), Néstor Alberto Raymundo (UCA, UBA Universidad Nacional de lomas de Zamora), Luis Anibal Maggio (UCES) y Héctor Lázaro (Universidad Nacional de La Plata).

El comité organizador estuvo integrado por las profesoras Mirta Beatriz Álvarez y Mariana Verónica Sconda (UFLO) y por el profesor Norberto Darío Rinaldi (Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Angel Lapieza Elli”).

Se recibieron adhesiones y declaraciones de interés académico, así como designaciones de representación de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Universidad Católica de Córdoba y Universidad Católica de Santiago del Estero.

La coordinación general del evento estuvo a cargo de la Prof. Mirta Beatriz Álvarez.

Políticas de la compasión, *performance* emotiva y gestos de la súplica judicial en la oratoria ciceroniana

Por Emiliano J. Buis¹

Abstract

Una lectura del sistema judicial romano en clave de *performance* permite advertir la apelación a la producción de emociones forenses como una de las estrategias eficaces para convencer al jurado. En este trabajo nos interesará focalizar la atención en el pedido de compasión y en el ritual de la súplica. A partir de la comparación con la experiencia religiosa de solicitud de protección, analizaremos que el despliegue afectivo referido a la conmiseración presenta límites normativos en las fuentes de la oratoria forense, lo que puede explicarse por una visión frecuentemente “feminizada” de las exteriorizaciones afectivas y la necesidad de construir una imagen masculina y ciudadana del *status* de *vir bonus* signada por la cautela y la contención. Una lectura de la práctica dramática de la búsqueda de *clementia* mediante gestos y manejos particulares del cuerpo permite fijar la atención en una serie de resortes extra-jurídicos (ligados a la manipulación política de las manifestaciones emotivas) que, en nuestra opinión, resultan indispensables para una mejor comprensión del funcionamiento práctico de los tribunales romanos a fines de la República.

Palabras clave: Compasión; súplica judicial; emociones jurídicas.

¹ Profesor Adjunto Regular en la Facultad de Filosofía y Letras y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y en la Universidad de San Andrés. Investigador Independiente de CONICET.

I. Introducción²

A pesar de que en general han sido objeto de subestimación en los estudios jurídicos, los gestos espectaculares muchas veces tienen una interesante repercusión política y resultan relevantes para pensar los resortes sobre los que se sostiene la práctica de la administración de justicia. En sociedades como la antigua Roma, signadas por la cultura visual a partir de la intervención física en los espacios públicos, el ejercicio manifiesto de los roles cívicos en los ámbitos compartidos y la frecuencia de las experiencias teatrales, no nos debe sorprender que existan numerosos ejemplos en que el ejercicio de la justicia se encuentra fuertemente ligado a ciertos usos dramáticos, ciertamente intencionados, del cuerpo.³ En efecto, no es posible comprender en su totalidad la práctica jurídica romana si no se presta especial atención a la *performance* judicial, entendida como la reproducción, por medios verbales y físicos, de un discurso y una gestualidad elocuentes, propios de una dramatización, para producir efectos emotivos en el jurado y conseguir la persuasión.⁴ Resulta tan importante la posición del cuerpo y la expresión facial, la entonación y el acompañamiento físico de las palabras, como el contenido del alegato que se pronuncia, y sin embargo los estudios históricos sobre el derecho romano se han focalizado casi con exclusividad sobre el último aspecto.

La profunda imbricación entre la teatralidad y la praxis forense se percibe en un sinnúmero de testimonios de la antigua Roma.⁵ Quizás particularmente relevante sea el pasaje de Valerio Máximo en que se describe la puesta en escena

² Este trabajo forma parte del Proyecto UBACYT 20020150100127BA “*Cuerpos poéticos. Discursos y representaciones de la corporalidad en el mundo griego antiguo*” (Instituto de Filología Clásica, FFyL, UBA) y del Plan de Trabajo CONICET “*Cuerpos diplomáticos, emociones convenidas. La representación física de los afectos inter-estatales sobre la escena cómica ateniense (siglos V-IV a. C.)*”.

³ Acerca de la importancia política del cuerpo en los testimonios literarios romanos, véase Schniebs, A. (comp.) (2011). *Discursos del cuerpo en Roma*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

⁴ Steel, C. (2017). “Speech without Limits: Defining Informality in Republican Oratory.” En Papaioannou, S., Serafim, A. & Da Vela, B. (eds.). *The Theatre of Justice. Aspects of Performance in Greco-Roman Oratory and Rhetoric*. Leiden & Boston: Brill. 75-89. En 81, por ejemplo, dice que en los juicios romanos se trataba de armar un discurso acompañándolo de material de apoyo, tanto verbal como no verbal.

⁵ Una amplia introducción al tema de la *performance* de los juicios romanos puede leerse en Bablitz, L. (2007). *Actors and Audience in the Roman Courtroom*. London & New York: Routledge.

de Lucio Pisón ante el tribunal que estaba a punto de condenarlo, porque el relato refleja la importancia del efecto visual procurado por quien pretende escapar de la sanción:

Así Pisón, acusado por Cayo Claudio Pulcro por los ultrajes serios e inaceptables infligidos contra nuestros aliados, evitó la amenaza de su ruina por una ayuda fortuita. En el preciso momento en que se votaba por su culpabilidad, cayó una tormenta repentina, y mientras se arrodilló en el piso besando los pies de los jueces se llenó la boca de barro. Esta visión llevó a toda la corte desde la severidad a la compasión y la tranquilidad (*a seueritate ad clementiam et mansuetudinem transtulit*)... (Val. Max. 8.1).⁶

La escena es potente desde un punto de vista sensorial. Imaginemos al acusado arrojado en el suelo, besando lastimosamente los pies de cada uno de los miembros de la corte; se trata de una imagen que con seguridad generó en los espectadores un profundo impacto, a tal punto que se produjo un cambio de parecer entre quienes debían juzgar. Esa modificación de actitud, en palabras de Valerio Máximo, se explica en términos afectivos. La rigidez de los jueces se aplacó y transformó en compasión (*clementia*), mostrando la efectividad de la práctica.

La anécdota nos lleva a la pregunta respecto del valor de la compasión en el derecho romano, y en consecuencia respecto de su éxito como estrategia jurídica. ¿En qué medida podemos hablar del éxito de una retórica de la misericordia, destinada a movilizar los ánimos de los jueces mediante gestos y acciones para conseguir un veredicto favorable? ¿Se trata, en el caso de Pisón, de un episodio aislado, motivado por el azar climático de la tormenta que describe Valerio, que fue capaz de generar espontáneamente el marco adecuado para una expresividad corporal inusitada? ¿O puede decirse que, independientemente del fenómeno natural, el origen de la actitud más moderada del jurado fue en rigor de verdad resultado del gesto mismo de sumisión y la piedad despertada en quienes presenciaron su disposición física?

En este trabajo nos interesará presentar algunas reflexiones en torno de la manipulación afectiva del jurado en los discursos forenses ciceronianos, en particular con respecto a la voluntad por despertar la conmiseración. El repertorio de ejemplos al que haremos referencia, que por razones de espacio

⁶ El texto corresponde a la edición de Kempf, K. F. (ed.) (1888). *Valerius Maximus. Factorum et Dictorum Memorabilium*, Leipzig: B. G. Teubner. Todas las traducciones del griego y del latín en este trabajo son propias. Acerca del episodio, ver Alexander, M. C. (1991). *Trials in the Late Roman Republic, 149 BC-50 BC*. Toronto: University of Toronto Press. 24-25.

no pretende ser exhaustivo, nos permitirá reflexionar sobre la práctica de las conductas físicas de los litigantes y nos llevará a concluir que la súplica destinada a provocar la conmiseración judicial constituía, en su gestualidad y en sus palabras, una estrategia habitual; sin embargo, se advertirá que la práctica de la súplica estaba fuertemente determinada (y condicionada) por una normatividad informal vinculada con la preservación de los valores ciudadanos considerados esenciales para la preservación del orden jurídico y del tejido social romano.

II. Misericordia romana: la búsqueda de compasión, la técnica de la súplica

Al referirse a las emociones (*páthe*) como elemento estructurante de todo discurso de impronta argumentativa, Aristóteles definía la compasión (o *éleos*) del siguiente modo (*Rhet.* 2. 8. 2-5, 1385 b2-3):

La compasión es un tipo de dolor despertado por la visión de lo malo, funesto o doloroso, que le ocurre a quien no lo merece (...) Por ello no son capaces de compasión aquellos que están irremediabilmente arruinados (pues creen que no tienen nada más que sufrir, ya que han estado sufriendo) ni tampoco aquellos que se creen demasiado afortunados, que más bien cometen desmesuras. (...) Ahora esos que son susceptibles de sufrir son los que ya han sufrido y lograron huir; los más ancianos, por causa de su sabiduría y experiencia; los débiles y los que son más bien tímidos; y los educados, porque son bien pensantes. Y los que tienen padres, hijos o esposas, pues estos son parte de ellos y susceptibles de sufrir las cosas mencionadas.⁷

El concepto griego de *éleos* permite ilustrar la idea de *clementia* en el contexto romano, tal como la presenta el pasaje de Valerio Máximo citado al inicio. Por lo pronto, digamos que la falta de merecimiento, como aspecto estructurante de la concepción aristotélica de la compasión, supone la identificación de un cuerpo de individuos –susceptibles de generar *éleos*– que precisamente atraviesan experiencias particulares que los colocan en situaciones de vulnerabilidad frente al resto de la *pólis*.⁸ Los extremos (aquel que ya carece de posibilidades de sumergirse más en sus desgracias o quien no advierte su insatisfacción y

⁷ El texto corresponde a Ross, W. D. (ed.) (1959). *Aristotle. Ars Rhetorica*, Oxford: Oxford University Press.

sobrepasa lo que de él se espera en términos sociales) son rechazados, en la medida en que solo despierta empatía por su sufrimiento quien, siendo un buen ciudadano (porque huyó del sufrimiento, es sabio, experimentado, prudente, racional, padre responsable de familia), se ve afectado injustificadamente.⁹

Estas particularidades propias de la compasión se perciben con claridad en el ámbito romano, en tanto la búsqueda de la empatía ajena podía en muchos casos generar sentimientos encontrados.¹⁰ Cicerón nos proporciona ejemplos relevantes para comprender la vaguedad inherente al acto físico llevado a cabo por todo individuo que se decidiera a convencer a los jueces respecto de su situación inmerecida. Cuando en año 61 a. C. Clodio debe defenderse ante el Senado frente a una acusación de sacrilegio, Cicerón dice que optó por postrarse ante cada uno de sus interlocutores, de modo semejante al caso de Pisón relatado por Valerio Máximo: “mientras Clodio se arrodillaba a los pies de todos, uno por vez” (*ad pedes omnium singulatim accidente Clodio*, Cic. *Att.* 1. 14. 5). Cuando Cicerón defiende a Quincio, por su parte, refiere específicamente al reclamo de un acto compasivo por parte de los jueces mediante un vocabulario que denota cierta reiteración e insistencia: “pide y suplica (*oratatqueobsecrat*) que le otorguen la equidad que fue golpeada y atacada por muchas injusticias” (*Quinct.* 10).¹¹ El léxico que las fuentes romanas emplean a la hora de identificar el accionar de quienes reclaman conmiseración, como se ve, suele girar en torno de ciertos verbos clave —muchos de ellos con alcances fuertemente religiosos— como *peto*, *imploro*, *oro*, *obsecro* y *obtestor*. A su vez, el término *clementia* muchas veces acompaña semánticamente la *miseriordia*, y las alusiones en primera persona al carácter de *miser* del hablante son cuantiosas.

Al tratarse del debate sobre la restauración de la casa de Cicerón en el año

⁹ Camps, V. (2011). *El gobierno de las emociones*. Barcelona: Herder. 131, indica que uno de los rasgos propios de la compasión es que precisamente expresa la vulnerabilidad del ser humano. Respecto del mundo antiguo, es evidente que la piedad solo funcionaba si existía un sufrimiento no merecido, como indica Konstan, D. (2006). *The Emotions of the Ancient Greeks. Studies in Aristotle and Classical Literature*. Toronto, Buffalo & London: University of Toronto Press. 49-51.

⁹ En este sentido la compasión bien entendida presupondría un vínculo empático a partir del mal compartido, como señala Walton, D. (2016). *Appeals to Pity. Argumentum ad misericordiam*. New York: New York University Press. 50-51.

¹⁰ Un buen análisis de muchos de los ejemplos de súplica que examinaremos puede hallarse en Hall, J. (2014). *Cicero's Use of Judicial Theater*. Ann Arbor: University of Michigan Press. 64-98.

¹¹ El texto de los discursos de Cicerón corresponde a la edición de Clark, A. C. (ed.) (1909). *M. Tulli Ciceronis Orationes*. Oxford: Oxford University Press.

57 a. C., cuando el orador se refiere a Cneo Opio Cornicino, suegro de Atilio Serrano Gaviano, señala que, siendo “un varón excelso, se tiró a los pies en súplica” (*optimusvir, ad pedesflensiaceret, Red. pop.* 129). De nuevo, advertimos la acción de arrojararse como señal de sometimiento. Sin embargo, la grandeza del acto se verá contrapuesta con la crítica que este mismo gesto origina y que se señala en otro pasaje: “Cornicino repitió su viejo cuentito y, tirándose la toga, se tiró a los pies de su cuñado” (*Cornicinus ad suam veterem fabulam rediit; abiecta toga se ad generi pedes abiecit, Att.* 4. 3. 4).¹² Estos ejemplos muestran que el acto performativo de desplomarse a los pies de aquellos a quienes se les pide clemencia podía ser interpretado de modo diverso en función de las circunstancias. El contexto, pues, es esencial para comprender la normatividad de la súplica y de él dependía entonces el resultado de la acción.

El carácter diferenciado de las dos actitudes posibles frente al mismo gesto puede en parte explicarse por la lógica propia del ritual de la súplica. Recordemos que por *supplicatio* los romanos entendían la instancia de plegaria a los dioses, que solía estar acompañada por el acto físico de la procesión hacia los recintos sagrados.¹³ Esa comunicación entre humanos y dioses encontraba en la *supplicatio* una materialización física, que implicaba la postración o el sometimiento del suplicante frente al poder mayor reconocido del interlocutor. De acuerdo con Naiden (2006), la súplica en la antigüedad representaba una institución jurídica, política y religiosa frecuentemente fundada en la situación débil que implicaba la vulnerabilidad de quien se arrodilla para pedir protección.¹⁴

Así, si la *supplicatio* forma parte de los rituales religiosos,¹⁵ es fácil comprender que en algunos contextos la súplica judicial que se le asemeja pueda ser percibida como inapropiada. En términos políticos, si un ciudadano recurre a la súplica frente a sus pares, emplear las estrategias de entrega y sumisión podría resultar políticamente inconveniente en caso de que se colocara al agente en un

¹² Hall, J. *Cicero's Use...*, cit., 69.

¹³ Acerca de estas *supplicationes* puede verse el trabajo reciente de Rey, S. (2017). *Les larmes de Rome. Le pouvoir de pleurer dans l'Antiquité*. Paris: Anamosa. 56-57.

¹⁴ Cf. Naiden, F. S. (2006). *Ancient Supplication*. New York & Oxford: Oxford University Press. Es preciso tener en cuenta que nuestro concepto moderno de “compasión” o “conmiseración” está marcado desde el punto de vista semántico por la fuerte influencia del cristianismo. Acerca del modo en que en la Antigüedad Tardía se reconfiguró en términos emotivos el sentido de la piedad respecto del prójimo, puede consultarse Blowers, P. (2010). “Pity, Empathy, and the Tragic Spectacle of Human Suffering: Exploring the Emotional Culture of Compassion in Late Ancient Christianity”. En *Journal of Early Christian Studies* 18 (1). 1-27.

¹⁵ Ver, por ejemplo, Février, C. (2009). *Supplicare deis: la supplication expiatoire à Rome*. Turnhout: Brepols Publishers.

lugar de humillación. La analogía entre el gesto de pedido ante los jueces, que hemos visto en Valerio Máximo y Cicerón, y la *supplicatio* formal del ámbito religioso terminaría entonces quebrando la equiparación entre *cives Romani* para convertir a los jueces en criaturas divinas por encima de los “mortales” litigantes.¹⁶ Esta estrategia funciona si se trata de alabar a los jueces, pero el límite entre el enaltecimiento del “ustedes” y la degradación del “yo” hablante frente al resto del colectivo social es a veces muy difuso.

Para evitar que el “yo” quedara ubicado en un plano de inferioridad social, una táctica habitual en los discursos ante los tribunales incluye la referencia directa a la familia de quien resulta víctima de tratos inmerecidos. En la *Defensa de Marco Fonteyo* (69 a. C.), por ejemplo, Cicerón no duda en mencionar a los familiares de su defendido, lo que justifica un énfasis particular en la exhibición de emociones frente al auditorio: “Seguramente el líder de los Alóbrogos y del resto de los galos no arruinarán y destruirán a este hombre del abrazo de su madre, una mujer muy distinguida pero muy infeliz” (*Font.* 46) y, poco después, se dice: “Miembros del jurado, ¿no ven cómo Fonteyo –un hombre muy valiente– ha arrojado lágrimas al mencionar a sus padres y a su hermana?” (*Font.* 48).

La alusión al núcleo cercano de parientes del litigante permite mostrar que se trata de un ciudadano comprometido con los valores que lo rodean, que posee un círculo de gente querida que lo apoya y que lo necesita. En la cita, además, el impacto emotivo del recuerdo se vislumbra en el llanto, que también contribuye a la gestualidad persuasiva que apoya la emisión del mensaje verbal.¹⁷ La mención a los padres y a la hermana de Fonteyo permite advertir que la injusticia cometida contra él repercutirá no solo en su propia persona, sino que además afectará a su familia cercana, que en su inocencia no merecería sufrir la sanción social ni vivir la lejanía del ser amado. Una vez más, se trata de mostrar

¹⁶ Según Winterbottom, M. (2004). “Perorations.” En Powell J. & Paterson, J. (eds.). *Cicerone Advocate*. Oxford: Oxford University Press. 215-230, especialmente en 225-226, mediante esta estrategia los jueces y los dioses son colocados en el mismo nivel. Hall, J. *Cicero's Use...*, cit., 74, relativiza esta interpretación con argumentos que no nos resultan suficientes. En efecto, en cualquier solicitud de compasión hay una relación mutua de inferioridad y superioridad que deja entrever una sumisión propia del ejercicio ritual.

¹⁷ Acerca de la normatividad referida al llanto en los discursos judiciales romanos, remitimos al trabajo publicado el año pasado en las Actas de la edición previa del congreso: Buis, E. J. (2018). “Cómo y dónde llorar. Control sentimental, pluralismo normativo y la interpretación de la ley ateniense en materia de lamentos fúnebres.” En Álvarez, M. y Rinaldi N. D. (comp.). *Actas del IV Congreso de Principios Generales de Derecho Romano 2017*, Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores. 15-43.

la falta de merecimiento de la víctima para conseguir un voto propicio en la corte de justicia.

De modo similar, en su *Defensa de Marco Caelio*, Cicerón pedirá al jurado que "...cuando hayan contemplado los años tiernos de Celio aquí, coloquen ustedes también ante sus ojos la avanzada edad de este hombre infeliz, quien confía en este, su único hijo, quien se consuela en su futuro, y cuyo solo miedo es que algún daño le ocurra" (*Cael.* 79). El pasaje está invadido por un vocabulario del orden de los afectos, que incluye adjetivos calificativos para describir la lastimosa situación de un anciano que, si se produce la condena, se verá irremediabilmente privado de su descendencia. A partir de menciones frecuentes a los nexos de parentesco, la evocación de los padres, cónyuges y/o hijos del acusado se torna así un recurso de altísima frecuencia en los rituales profanos de súplica. Ello da una pauta de su presumida eficiencia. Entre los múltiples ejemplos de estos dispositivos retóricos en el propio Cicerón se incluyen frases pronunciadas en el discurso de *Defensa de Sulla* ("Este jovencito, señores, les pide a ustedes que le dejen un tiempo para congratular a su padre cuanto le permita su golpeada fortuna...", *Sull.* 89) o *Defensa de Sestio* ("Y aunque esté mal amar la tierra paterna, sufrí suficiente castigo. Mi hogar fue destruido, mis asuntos fueron arrojados a la confusión, mis hijos empujados a huir, mi esposa ultrajada", *Sest.* 145)

La relación directa que se establece entre el dolor inmerecido y la condición de buen ciudadano es frecuente a lo largo de la literatura judicial del mundo antiguo, y puede encontrar raíces interesantes en las fuentes literarias atenienses.¹⁸ Aquí, una vez más, los romanos parecen haber construido sus argumentaciones retóricas sobre la base de los antecedentes provistos por los discursos judiciales de la Atenas clásica. Apelar a la compasión era sin duda un *tópos* habitual en la oratoria forense ática, donde aparece como un recurso adecuado para obtener el favor del jurado.¹⁹ Así, por ejemplo, un pasaje de Lisias en el discurso en defensa de Polístrato ya distingue dos tipos de conmiseración: la que es pretendida por quien en efecto se ha comportado bien y no merece ser castigado (que sería el caso del cliente del propio Lisias) y, por el otro, la que

¹⁸ Ver el tratamiento de las fuentes que propone Konstan, D. (2001). *Pity Transformed*. London: Bristol Classical Press. 27 y ss.

¹⁹ Sobre los pedidos de compasión en los tribunales atenienses y sus fundamentos argumentativos, ver Bers, V. (2009). "Appeals to Pity and Displays of Anger". En *Genos Dikanikon. Amateur and Professional Speech in the Courtroom of Classical Athens*. Washington D.C., Cambridge & London: Center for Hellenic Studies. 77-98. También los pedidos de compasión pueblan las escenas trágicas, como ha investigado recientemente Johnson, J. F. (2016). *Acts of Compassion in Greek Tragic Drama*. Norman: University of Oklahoma Press.

invocan quienes solo quieren liberarse de culpa a pesar de sus posibles malas conductas cívicas (20. 34-35):

Sin embargo, varones del jurado, vemos que si alguno trae consigo a sus hijos y llora y se lamenta, ustedes se compadecen de los chicos si llegaran a perder sus derechos ciudadanos a causa de él, y perdonan los males del padre por los hijos, sin saber si cuando crezcan resultarán buenos o malos. En nuestro caso, ustedes saben que les hemos sido leales y que nuestro padre no cometió ningún mal. Así, será mucho más justo para ustedes que beneficien a los que han conocido que a quienes no saben cómo serán. Hemos sufrido de modo contrario a los otros: ellos traen a sus hijos y apelan a ustedes; nosotros traemos a nuestro padre y a nosotros mismos, y les pedimos que no nos priven de los derechos ciudadanos y de la ciudadanía. Compadézanse de nuestro padre, que es un hombre anciano, y de nosotros. Si nos destruyen ustedes injustamente, ¿cómo él va a convivir con agrado con nosotros, o nosotros mutuamente, en el mismo lugar siendo indignos de ustedes y de la *pólis*?²⁰

La apelación al *éleos* presenta, por tanto, una construcción argumentativa en la que se postula un delicado equilibrio entre la necesidad de proteger a la víctima verdadera de los abusos de la justicia (un buen *polítes* privado de ciudadanía) y el empleo mal intencionado de quienes procuran ampararse en la compasión para obtener una absolución que resulta injusta. La pregunta retórica final deja entrever una contraposición entre el litigante y su adversario que encuentra fundamento en la necesidad de que los jueces (como portavoces de la *pólis*) aseguren la convivencia mutua y en equilibrio de quienes son dignos de ciudadanía. Es claro que la súplica se ve revestida de matices políticos.²¹

A tal punto la oratoria instala esta tensión que, en varios pasajes del discurso *Contra Midias* de Demóstenes, se da cuenta de la denuncia anticipada del pedido de compasión como estrategia que el adversario emplearía, emotivamente, con fines poco loables al carecer de argumentos para defenderse mediante la razón. Así, por ejemplo, se advierte esta mención al pedido de conmiseración por parte del adversario judicial en 21. 99 (“¿Y qué más le queda? La conmiseración, por Zeus. Pues hará aparecer a sus hijos y llorará y

²⁰ El texto corresponde a la edición de Lamb, W. R. M. (ed.) (1930). *Lysias*. Cambridge (MA) & London: Harvard University Press.

²¹ Acerca del recurso a la compasión y su impacto político en la Atenas clásica, puede verse Konstan, D. (2005). “Pity and Politics”. En Sternberg, R. H. (ed.). *Pity and Power in Ancient Athens*. Cambridge: Cambridge University Press. 48-66.

les pedirá que lo dejen ir por ellos”) y en 21. 186 (“Ciertamente sé que, con sus hijos, se lamentará y hará un largo discurso humilde, llorando y haciéndose el que merece mayor compasión”).²² Estas expresiones resultan semejantes, por cierto, a las del texto que, en el discurso *Sobre la Embajada*, incluyó el mismo orador acerca de la muy probable actitud que tomaría Esquines durante su defensa: “Pero aunque hizo estas cosas cuando era embajador, llorará por sí mismo, y probablemente hará aparecer a sus hijos y los va a hacer subir [al estrado]” (19. 310).

Esta previsión de lo que el otro litigante expondrá como estrategia da cuenta de una pretendida desarticulación del valor retórico del recurso. El hecho de que, en los testimonios griegos conservados, se perciban fórmulas reiteradas para develar la intencionalidad de esta apelación *ad misericordiam* ha llevado a la crítica a suponer que se trataba de un ritualismo mecánico —una suerte de cliché— determinado por componentes cognitivo-rationales disfrazados bajo elementos emotivos. Es en este sentido, precisamente, que se ha explicado una expresión fosilizada en la oratoria que, como se advierte en varios pasajes de Iseo, une el pedido de compasión con el reclamo y la súplica.²³ No obstante, limitar la expresión a la identificación de un dispositivo formalizado, carente de significación concreta, nos impediría advertir en esta frecuente coordinación de verbos en primera persona (*pido, suplico, imploro*) un elemento que, a nuestro juicio, resulta clave para comprender los alcances en pugna de la conmiseración como emoción positiva o negativa en el ámbito tribunalicio. Es este valor activo de la súplica judicial, precisamente, lo que se retomará en la oratoria romana de Cicerón.

Como hemos señalado, cabe destacar que los ejemplos de la oratoria judicial en la Roma republicana suelen involucrar —como ocurría también en Atenas— un dispositivo verbal de imploración que se ve acompañado dramáticamente de una gestualidad basada en el llanto y de una praxis que implica, de modo visual, la presencia de los familiares en la corte. Esta *performance* de la conmiseración y la presencia del vocabulario de la súplica resultan elementos propicios para la explotación del recurso, tal como atestigua la comediografía ateniense

²² Los textos de este autor corresponden a la edición de Butcher, S. H. & Rennie, W. (eds.) (1921). *Demosthenis Orationes*. Oxford: Oxford University Press.

²³ Encontramos varios pasajes en que la terminología se repite: “Les pido, les reclamo y suplico que reciban mis palabras con benevolencia (Is. 2.2); “Y por tanto yo les pido, les reclamo y suplico que se compadezcan de mí y que absuelvan a mi testigo aquí” (Is. 2.44); “Pues les pido y les suplico mucho que recuerden, varones, lo que les acabo de describir...” (Is. 6.57); “Pero les pido y les suplico que no permitan que me ultraje a causa de estos bienes que mi abuelo me dejó (...)” (Is. 8.45).

del siglo V a. C. En dos pasajes de la comedia *Avispas* (422 a. C.) Aristófanes describía la contracara de la información que nos brindan los pasajes ciceronianos; nos referimos a la opinión de un juez ante los litigantes que le suplican. Así se expresaba Filocleón, el personaje que disfruta actuando como juez en los tribunales populares de la ciudad:

Y en cuanto paso (al tribunal), enseguida uno me da la mano, suave, ladrona de fondos públicos, y se inclinan suplicando y me dicen con voz lacrimosa: “Compadecete de mí, padre, te lo pido, si vos alguna vez – como yo– te quedaste con algo al ejercer un cargo o cuando, en campaña, ibas a conseguir provisiones para tus compañeros”. Este tipo no habría sabido que yo estoy vivo si, un tiempo antes, yo no lo hubiera absuelto (vv. 553-558).²⁴

Y luego agregaba:

Enseguida trae a la rastra a los bebés de pecho, a las mujeres y a los hijos de la mano y yo los escucho, y los chicos a la vez agachan la cabeza y se ponen a balar al mismo tiempo. Y entonces el padre me suplica por ellos como a un dios, temblando, agitado, para que lo libere de la rendición de cuentas. “Si te ponés contento con la voz del cordero, compadecete de la voz de mi hijo”. Y si en cambio me alegro con las lechoncitas, la voz de su hija me persuade. Entonces nosotros aflojamos un poco la ira contra él (vv. 568-574).

En boca de Filocleón, el viejo presa de la manía de juzgar, la compasión es presentada desde la perspectiva de quien ejerce el rol de juez. A partir de esta mirada se identifica una serie de parámetros de humor ligados a los efectos de la voluntad de despertar la conmiseración.²⁵ Por un lado, el llanto de que suele consistir dicha actitud, que como dijimos se ve a menudo acompañado por la presencia de la familia en el tribunal, se percibe para el juez como inapropiado

²⁴ Este pasaje y el siguiente corresponden a la edición de Biles, Z. & Olson, S. D. (ed.) (2015). *Aristophanes. Wasps*. Oxford: Oxford University Press.

²⁵ Notemos por ejemplo que en el v. 558 Filocleón dice que el litigante se comporta así por haber sido ya absuelto en una ocasión previa en que él también ocupó el rol de *dikastés* (cf. Biles y Olson, cit., 260, s.v.). Sin embargo, Filocleón se vanagloria en la obra de no haber nunca liberado a alguien de responsabilidad. Esta aparente contradicción se resuelve desde el humor que implica manipular el discurso según el interés retórico; en ese caso, se pretende desarticular los argumentos del padre de familia que recurre a la misericordia.

y poco cívico. La agitación y el temblor del acusado, que se acerca con miedo al juez, da cuenta de un profundo distanciamiento entre el defendido y el cuerpo cívico de los miembros del tribunal. La debilidad considerable en que está sumergido el pobre ciudadano que se somete, casi esclavizado, a Filocleón se ve contrapuesta con un poder supremo que el juez cree tener (en los vv. 548-549 se dice que la autoridad de los jueces es semejante a la de los dioses).

La referencia en el texto aristofánico a la súplica deviene entonces significativa para una interpretación interesada en el papel comunitario de los actos públicos y los efectos identitarios de las regulaciones afectivas. Al igual que lo que ocurrirá en el contexto de la Roma republicana, la asimilación de la búsqueda de piedad con el ritual religioso de la súplica (*hiketeta*, en griego) permite advertir metafóricamente la identificación del acusado con quien solicita protección o asilo; las circunstancias lo llevan a persuadir y a generar en el otro, mediante su disposición física, una emoción benevolente y positiva. En tanto se asienta sobre una notoria desigualdad, evidentemente el reclamo de misericordia que es visto como injustificado por responder a fines privados espurios implicaba en Aristófanes una ruptura del orden democrático ateniense.

Detrás de esta operación literaria se encuentra la ambigüedad del gesto del suplicante que ya hemos descrito. Para evitar que la búsqueda de compasión sea asimilada a una degradación personal o un servilismo que provoque rechazo en los conciudadanos, quien ejerce el ritual se preocupa por dejar en claro su rol como buen *polítes*.

Así, por ejemplo, cuando en el discurso referido al cercado de un olivo Lisias coloca en la primera persona una alusión directa a la necesidad de que los jueces se compadezcan de él, le es imprescindible aclarar de modo explícito su integridad como ciudadano, su pertenencia a la *pólis*, su coraje masculino y su aceptación del orden de gobierno instalado socialmente (7. 41):

Sería yo el mayor desdichado de todos los hombres si fuera forzado injustamente al exilio. Estaría sin hijos y solo. Mi hogar se volvería desolado y mi madre sería despojada de todo; yo sería desprovisto –por cargos que me aportan extremo dolor– de mi tierra nativa, que significa tanto para mí, por la que he peleado muchas, muchas, batallas en tierra y en mar, y habiéndome portado bien tanto bajo la democracia como bajo la oligarquía.

La mención emocional de la familia se ve contrapuesta con el discurso oficial de quien contribuyó de modo efectivo a la protección de la ciudad. A partir del énfasis en la actuación política pasada, tanto en tiempos de guerra como en épocas de paz, el litigante manifiesta un equilibrio entre la sensibilidad de quien sufrió inmerecidamente y la racionalidad de quien sirvió a su patria. De

modo semejante, cuando Esquines responde a Demóstenes recurriendo, como había anticipado su adversario, al pedido de *éleos*, también se aprecia su intento por evitar a toda costa el riesgo, siempre presente, de que su recurso emotivo sea malinterpretado como producto de una emotividad poco ciudadana.²⁶ Pero aquí, en vez de destacar el carácter de buen ciudadano del “yo” –como en el ejemplo de Lisias– la estrategia consiste en denostar la falta de valores del antagonista en el juicio. Se evidencia así que, frente a la integridad masculina que lo caracteriza, su contraparte en el juicio presenta una dudosa y limitada virilidad (2. 179):

Hay gente aquí que se une a mí para pedirles: mi padre –no lo priven de sus esperanzas por su avanzada edad–, mis hermanos –que no querían vivir si yo les fuese arrebatado–, mis parientes y estos pequeños chicos que todavía no reconocen el peligro pero que serían objeto de compasión si algún sufrimiento me ocurriera. Les pido y les suplico que les presten una cuidadosa atención a ellos, y que no los entreguen a sus enemigos o a la ira de esta persona cobarde (poco varonil) (*anádroι*) y afeminada (*gynaikéioι*).

Las fuentes griegas permiten advertir, precisamente, el riesgo involucrado en la peligrosa relación entre la conmiseración (como parte de los gestos que implican la demostración de actitudes emocionales) y el “sentimentismo” propio del universo femenino. Así, por ejemplo, el orador Iseo no duda en mencionar las súplicas y los llantos de la tía abuela del hablante para mostrar que actuó convencido por las lágrimas femeninas:

Pero cuando la mujer de mi abuelo me pidió que lo enterrara fuera de la casa, y con súplicas y lágrimas decía que ella misma quería ayudarnos a extender y adornar el cuerpo, yo obedecí, varones, y fui a nuestro adversario y le dije frente a testigos que yo organizaría el funeral desde allí porque la hermana de éste [Diocles] me lo había pedido (Is. 8. 22).

Esta ambigüedad recuerda la posibilidad latente en Roma de que el pedido de compasión fuese decodificado desde lugares incompatibles. Dijimos que el riesgo de toda súplica era que lo que pretendía producir la aceptación de las desgracias sufridas injustamente por un ciudadano terminara generando un efecto opuesto, el rechazo de un acusado excesivamente “feminizado” que solo

²⁶ Acerca de los problemas vinculados con la excesiva demostración de pasiones en la antigüedad, véase Schulten, P. (2005). “To Cry or Not to Cry: Public Emotions in Antiquity”. En *Cultural and Social History* 2.1, 9-22.

recurría a las lágrimas por carecer de estrategias discursivas más “racionales”. Para superar esta antinomia, es moneda corriente encontrar en los pedidos de súplica un rechazo expreso de la debilidad propia de las mujeres y, al mismo tiempo, un respeto cívico escrupuloso por los valores sociales de la *civitas*.

Si retomamos el caso de la familia de Fonteyo en el discurso ciceroniano, cuando se hace referencia al personaje femenino de la hermana del acusado, se deja en claro que la familia responde a los parámetros esperables de una *gens* respetuosa de los valores tradicionales. En efecto, se menciona con insistencia la figura de la hermana porque era una virgen vestal, que como tal había decidido dedicar su vida a la preservación del fuego sagrado en el templo de la diosa Vesta. No llama la atención entonces que, cuando se menciona su función religiosa, se haga referencia a los valores del pueblo de Roma: “Especialmente porque, del otro lado, una virgen vestal tiene a su hermano de sangre en su abrazo e implora (*imploret*) su protección, señores, y la del pueblo romano” (*Font.* 46). El rol de la hermana como virgen consagrada retoma de modo eficaz el paralelismo entre el pedido de compasión en la justicia y la *supplicatio*, en tanto incorpora una identificación expresa entre los jueces y las divinidades: “A ustedes una virgen vestal les extiende las mismas manos suplicantes (*manus supplices*) que extiende a los dioses inmortales” (*Font.* 48).²⁷

Otros pasajes de Cicerón insisten en la idea de que el suplicante no es presa de una emotividad exagerada, sino que se somete siguiendo las pautas normativas informales que impone el protocolo social. Quien pide protección a los jueces ha de estar por lo tanto estrechamente ligado al respeto de los valores romanos. En la *Defensa de Aulo Cluencio* se destacan esos conceptos socialmente valorados como virtudes compartidas: “Si, en cambio, como su naturaleza exige, señores, aman el honor (*pudorem*), la bondad (*bonitatem*) y la virtud (*virtutemque*), levanten a este hombre que es al fin un suplicante para ustedes” (*Clu.* 200). De modo similar, en su *Defensa de Lucio Flaco*, Cicerón presenta las cualidades de su defendido a partir de la preservación de la propia *urbs* y del sistema republicano en su conjunto, colocando a Flaco del lado de la justicia patriótica por la que, se supone, la comunidad de jueces debe velar:

De alguna manera implora por mi ayuda con lágrimas en sus ojos y reclama como su derecho el mismo lugar del ranking que una vez le prometí a su padre por salvar nuestra patria (*pro salute patriae*) (...) Compadezcan a la familia, señores, al padre correctísimo, al hijo. Sea por la familia o por su antiguo linaje o por el propio hombre, preserven un nombre ilustre y orgulloso para la República (*causa reipublicae*) (*Flac.* 106).

²⁷ Hall, J. *Cicero's Use...*, cit., 76-77, considera que se trata de uno de los usos más elaborados de lo que identifica como “teatro judicial” en Cicerón.

III. Conclusiones: hacia una normatividad política de la compasión

Cuando en el siglo I d. C. Quintiliano produzca la obra más influyente de la antigüedad sobre retórica, se dedicará en un pasaje a consignar de manera directa la importancia estratégica de los gestos que acompañan las solicitudes de conmiseración, al decir que "... una invocación a los dioses también deriva de una buena conciencia, como ocurre con el arrodillarse en el suelo y abrazar las rodillas de los jueces, a menos que la personalidad del acusado, su vida pasada y su status haga difíciles esas acciones para nosotros" (*Inst.* 6. 1. 34). Las palabras cuidadosamente elegidas por Quintiliano dan cuenta de los riesgos inherentes a las demandas de *clementia* en el ámbito judicial. Lo que el testimonio deja entrever es que, si por algún motivo existen circunstancias que puedan poner en jaque la verosimilitud de la súplica, no era recomendable recurrir al accionar físico de tirarse al suelo para despertar la piedad de los jueces. Esta constatación teórica, incluida como regla de buenas prácticas en un texto que funciona como manual de oratoria, responde bien a los antecedentes prácticos que hemos identificado en tiempos republicanos. Los ejemplos que proporciona Cicerón y que hemos citado en este trabajo alcanzan para mostrar la frecuencia de los pedidos de misericordia y a la vez los peligros ínsitos que caracterizan todo recurso ligado en su impronta a la expresividad emotiva.

Algunas conclusiones, entonces, pueden derivarse del análisis propuesto. Por un lado, es posible afirmar que en un sistema judicial como el antiguo, en el que no existe regla de relevancia para los alegatos, es frecuente hallar distintos medios de persuasión del auditorio para atraer la atención positiva hacia los argumentos del hablante (*performance*). En ese marco, con una fuerte base en la retórica ateniense, la apelación a la producción de emociones en la Roma republicana (la conmoción y al bagaje sentimental) podría ser vista como una de las estrategias eficaces para convencer "irracionalmente" al jurado.²⁸

En particular respecto de la súplica, en cambio, hay que decir que el despliegue de emociones presenta límites normativos en las fuentes de la oratoria ciceroniana, lo que puede explicarse por una visión frecuentemente "feminizada" de las exteriorizaciones afectivas y la necesidad de construir una imagen masculina y ciudadana del *status* de *vir bonus* signada por la cautela y la contención. Así, cuando se trata de apelar a los jueces como si se tratara de una *supplicatio*, el ritual performativo (verbal y gestual) de la compasión surte efectos en tanto se

²⁸ Se trata de la explotación de apelaciones emotivas, como reconoce Hall, J. "Roman Judges and Their Participation in the 'Theatre of Justice'" En Papaioannou, S., Serafim, A. & Da Vela, B. (eds.). *The Theatre of Justice*, cit., 243-262, en 261.

despliega como un constructo social que reclama instalarse sobre los valores religiosos de *virtus*, *pietas* y *pudor*. Es en este sentido que una lectura performativa de la práctica dramática de la búsqueda de *clementia* mediante gestos y manejos particulares del cuerpo deviene una operación de gran utilidad. Permite volver sobre los textos de Cicerón y fijar allí la atención en una serie de resortes extra-jurídicos (ligados a la manipulación política de las manifestaciones emotivas) que, en nuestra opinión, resultan indispensables para una mejor comprensión del funcionamiento práctico de los tribunales romanos a fines de la República.

La búsqueda de la verdad, ¿es un principio fundamental del derecho?

Por Juan Carlos Ghirardi²⁹

I. Planteo del problema

¿Es la búsqueda de la verdad un principio general del derecho? ¿Lo fue en Roma? ¿Lo es en el sistema jurídico argentino? Tales los interrogantes que me he planteado intentar responder en el presente trabajo.

Ahora bien, para hacerlo es menester comenzar por suministrar un concepto de lo que se entiende por “principios generales del derecho” y por “verdad”, muy brevemente por cierto porque intentar dilucidar cada una de estas dos cuestiones ameritaría de por sí un libro entero y ni siquiera con esto se alcanzaría el objetivo. Los filósofos han procurado por siglos definir lo que se entiende por “verdad” sin ponerse de acuerdo y por ello, al margen de alguna muy breve alusión, no voy a encarar este breve ensayo desde ese ámbito.

II. Principios generales del derecho

El concepto fue acuñado en la época moderna, si bien la idea fue anticipada mucho antes ya en el derecho romano, así como también por los glosadores y por la filosofía del siglo XIII, cuando por ejemplo Raimundo Lullio alude a los “principios de derecho” en su *Introductorio del Arte Magna y General para todas las Ciencias*, así como cuando Tomás de Aquino se refiere a los “principios universales del derecho” en el *Comentario a las Sentencias*³⁰ de su autoría.

²⁹ Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Categoría I.

³⁰ Gardella, Lorenzo A. (1969). “Principios Generales del Derecho”. En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Podríamos caracterizarlos como las ideas fundamentales subyacentes en un sistema jurídico al cual le dan sentido, constituyendo de esta manera en unidos generales, de los cuales se derivan las soluciones particulares aplicadas para resolver los diversos casos específicos que se presentan conforme a la equidad. Esto es cierto igualmente cualquiera sea la postura doctrinaria que adoptemos, ya fuere que nos coloquemos en una posición positivista, caso en el cual aludiremos específicamente a dichos principios como informando la legislación de cada Estado determinado, o que por el contrario adoptemos una mirada *iusnaturalista* y nos refiramos a una construcción del derecho natural, trascendente y superior al derecho positivo de cada pueblo.

Ingresando ya al campo de la legislación argentina, hallamos que Dalmacio Vélez Sarsfield se refería a los principios generales del derecho en el artículo 16 de su código civil, erigiéndolos como la fuente última a la que se debía acudir para solucionar cualquier cuestión no contemplada específicamente en las leyes vigentes.

¿Cuáles fueron estos “principios generales” a los que aludía el primer codificador? Aquí la doctrina se escindió en dos grandes corrientes: la positivista, en la cual se enrolaban los jurisconsultos que vivieron en el período de consolidación de la dogmática civil en la Argentina, y la *ius* naturalista, conformada por muchos *iusfilósofos* y también por ciertos civilistas contemporáneos de Vélez Sarsfield.

Con arreglo a la primera de las dos líneas de pensamiento precedentemente citadas, los “principios generales” mencionados en el artículo 16 vendrían a ser las reglas sistemáticas que daban fundamento al orden jurídico positivo argentino, aplicables con una prelación proporcional al orden en que la norma las mencionaba. Debían ser buscados principalmente en la Constitución Nacional y en las demás fuentes nacionales del derecho positivo, a los fines de llenar las lagunas que el derecho pudiera presentar.

Para quienes militaban en la corriente *ius* naturalista en cambio, los principios mencionados por el artículo 16 eran fundamentalmente aquellos de valor universal, por ser inmanentes a la conciencia del hombre, a la cual informaban lo que era justo y equitativo. Por eso los que así pensaban no admitían que pudieran ser la vía apta para colmar supuestas lagunas del derecho, dado que no aceptaban la existencia de dichas lagunas.

Colocándonos ahora en el ámbito específico del derecho romano, no se puede dejar de mencionar un fragmento del Digesto debido a Modestino³¹ en el cual el jurisconsulto opinaba que, ante la ausencia de una prescripción legal expresa, podría resolverse alguna determinada cuestión según *naturali iustitia*.

³¹ Modestino, en D. 27. 1. 13. 7.

El texto íntegro reza del siguiente modo: “Si alguno por enfermedad u otra necesidad... no pudiere venir al tiempo determinado se le ha de dispensar,³² para lo cual aunque baste la justicia natural, la constitución de los emperadores Severo y Antonino lo expresa también”.

Por su parte, Ulpiano enunciaba como principios generales a los tres que a continuación se exponen:³³

- “*Vivir honestamente*”, que en rigor de verdad no es un principio exclusivamente jurídico (como habría sido, por ejemplo, “vivir conforme al derecho”), sino moral.
- “*No dañar a otro*”, mandamiento, éste sí, situado absolutamente dentro del campo del derecho. No se debe dañar a otro y el término ha de ser entendido con toda amplitud, porque al prójimo se lo puede dañar en su persona (golpeándolo o injuriándolo) como en sus bienes (no pagándole, por ejemplo, una deuda). Conductas todas reprobadas por el Derecho.
- “*Dar a cada uno lo suyo*”, y aquí el precepto pareciera volver a salir del ámbito estrictamente jurídico, al punto que muchos filósofos han sostenido que se trata de una fórmula vacía, puesto que faltaría definir qué debe entenderse por lo suyo de cada uno. Sostengo que no es así, dado que simplemente este principio debe ser entendido en el sentido que, en el marco de cualquier conflicto, cada una de las partes intervinientes debe recibir lo que le corresponde en ese litigio determinado.

En fin, aunque Javoleno diga³⁴ que toda definición es peligrosa en derecho ello no significa que el Digesto no las contenga, dado que podemos encontrarlas esparcidas a lo largo de los cincuenta libros que lo componen, junto con diversas reglas y principios jurídicos. Es en el Libro 50, título 17, que se titula *De las diversas reglas del derecho antiguo*, donde podemos hallar agrupada la mayor cantidad, y algunos fragmentos son interesantes e ilustrativos a los fines de este trabajo, porque aluden directa o indirectamente a la búsqueda de la verdad, o al caso de quienes desconocen dicha verdad. Vaya un par de ejemplos: según Paulo,³⁵ “en los casos oscuros se suele investigar lo que es más verosímil, o lo que las más de las veces se suele hacer”. Y para Ulpiano³⁶ “no se considera que consienten los que yerran”.

³² Está aludiendo al tiempo establecido para excusarse de la tutela.

³³ Ulpiano en D. 1. 1. 10. 1.

³⁴ Javoleno, en D. 50. 17. 202.

³⁵ Paulo, en D. 50. 17. 114.

³⁶ Ulpiano, en D. 50. 17. 116. 2.

La Glosa de Godofredo, por su parte, ratifica el principio que la ley natural suplente la ley escrita.³⁷ De acuerdo al criterio *ius* naturalista, dicha ley natural estaría conformada por principios grabados en la conciencia de cada individuo desde el inicio de la vida de éste y que, por ende, resultarían anteriores y superiores a todo ordenamiento legal de cualquier país. En una palabra, los “principios generales del derecho” serían la formulación concreta del derecho natural.

III. La verdad

¿Qué es la verdad? ¿Hay muchas verdades diferentes o no hay más que “La Verdad”, así con mayúsculas? Son las preguntas que vienen haciéndose desde siempre los filósofos y que, como ya he adelantado, no pretendo responder aquí, donde me limitaré a hacer un breve esbozo a fin de mostrar la vastedad y la complejidad del problema.

Platón, en sus *Definiciones*,³⁸ la caracteriza como “el estado del espíritu que afirma o niega, ciencia de las cosas verdaderas”, lo cual no nos aclara demasiado el panorama. Obviamente la verdad es materia de estudio de la ciencia de las cosas verdaderas, pero nos quedamos sin saber cuáles son esas “cosas verdaderas”.

Más completo es el tratamiento que el tema recibe por parte de Aristóteles en su *Metafísica*.³⁹ Allí sostiene el estagirita que “nunca se alcanza la verdad del todo, ni nunca se está totalmente alejado de ella”.

Pero es algo que agrega más adelante lo que me parece fundamental a los fines de este trabajo, y por eso lo transcribo textualmente: “Con razón se llama a la Filosofía la ciencia de la verdad. Pues el fin de la ciencia especulativa es la verdad (...)”. Ahora bien, no conocemos realmente lo verdadero si desconocemos la causa, ya que se puede afirmar que algo es verdad si la causa de la que deriva también lo es. En virtud de esto es necesario que los principios de las cosas eternas sean por excelencia verdaderos, ya que ellas son la causa de la verdad de las demás cosas. De esta manera, según la categoría que tenga una cosa en el orden del Ser, tal es la que tiene en el orden de la Verdad.

Con lo que escribí en los párrafos precedentes me parece suficiente a los fines que aquí persigo. La filosofía, como toda ciencia especulativa, tiene como fin hallar la verdad, pero el derecho *no es* una ciencia especulativa, de manera que la búsqueda de la verdad tampoco resulta su finalidad específica. Sin embargo

³⁷ Glosas 51 y 52.

³⁸ Platón (1966). *Obras Completas. Definiciones*. Madrid: Editorial Aguilar.

³⁹ Aristóteles (1964). *Obras Completas. Metafísica*. Madrid: Editorial Aguilar.

no deseo quedarme en esta etapa del saber filosófico, porque hubo muchos otros pensadores que vivieron después de Aristóteles e hicieron su aporte al respecto, si bien mi objetivo no se centra en el análisis de lo que se entiende por “verdad” desde ese punto de vista, querría mostrar otra faceta del mismo.

Salteemos entonces un par de milenios y detengámonos en Bertrand Russell,⁴⁰ filósofo enrolado en la corriente de la filosofía analítica y ganador del Premio Nobel de Literatura, que dedica un par de capítulos de su producción literaria al abordaje del tema de la verdad encarada desde una mirada filosófica, haciendo algunas reflexiones que me parecen interesantes. El autor, luego de descalificar la teoría monista acerca de la verdad conforme la cual existe una sola que tiene carácter universal, se formula algunos interrogantes,

¿Qué significa verdad? “Es una pregunta ambigua”, responde. ¿Cómo se utiliza correctamente la palabra verdad? “Es pregunta para el diccionario”, acota. ¿Qué tenemos en mente cuando pronunciamos la palabra verdad? “Es pregunta para la psicología”, afirma. Pero entonces, ¿cómo debe plantearse la cuestión?

En definitiva, tanto la verdad cuanto la falsedad no son sino propiedades de juicios, y por consiguiente no existiría ninguna de las dos de no haber mentes que formulen estos juicios. Resumiendo, la filosofía no ha podido aún dar una respuesta indubitable a lo que la verdad significa y, por mi parte, prefiero acudir al diccionario aunque éste —al decir de Russell— solamente pueda explicarnos cuál es el uso correcto de la palabra. Pero tiene la virtud, para mí al menos, de pasar del razonamiento abstracto a las definiciones concretas, con lo que abandonamos el campo del saber especulativo para adentrarnos en el de la ciencia jurídica.

El *Diccionario Webster de la Enciclopedia Británica*⁴¹ proporciona once acepciones de lo que se entiende por “la verdad”, pero no colocadas para la voz *truth*, que sería la traducción literal del término, sino para *true* que significa “cierto/verdadero”. Ellas son: 1. Firme y estable; 2. Acorde a los hechos y al estado actual de los asuntos; 3. Sincero, genuino; 4. Tal como debería ser; 5. Confiable; 6. Colocado o equipado de forma precisa; 7. Fiable y exacto; 8. Referido a un punto fijo; 9. Lógicamente necesario y universalmente válido; 10. Estrecho, restringido, estricto; y 11. Despejado de errores.

Por su parte el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*⁴²

⁴⁰ Russell, Bertrand (1973). *La Teoría Monista de la Verdad*. En *Obras Completas. Ciencia y Filosofía*. Madrid: Editorial Aguilar.

⁴¹ Encyclopedia Britannica, Inc. (1993). *Webster's Third New International Dictionary*. Chicago: Philippines Copyright by Merriam-Webster.

⁴² Real Academia (1970). *Diccionario de la Lengua Española*. 19° Edición. Madrid: Real Academia Española.

suministra siete conceptos de la voz “verdad”: 1. Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas se forma la mente.; 2. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa; 3. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma, sin mutación alguna; 4. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente; 5. Calidad de veraz; 6. Expresión clara, sin rebozo ni lisonja; y 7. Existencia real de una cosa.

Agreguemos para completar la descripción que la palabra latina para aludir al término es *veritas*, que tenía en esa lengua dos acepciones. Como nombre propio identificaba a una diosa mitológica así llamada, que era hija de Saturno, el dios del tiempo padre de Júpiter, y también madre de Virtus, la virtud. Se decía que solía ocultarse en el fondo de un pozo sagrado debido a su naturaleza elusiva, y que por eso era muy difícil de encontrar. Como sustantivo común servía para aludir a la veracidad, una de las principales virtudes que todo buen ciudadano romano debía cultivar.

Parecería indudable a esta altura que la verdad es el Norte, hasta aquí la cuestión resulta fácil, ahora bien ¿hacia dónde miramos para hallar el Norte? La respuesta no va a ser unívoca y quizás haya tantas como seres humanos existan, o como problemas atinentes a la humanidad puedan plantearse.

Vayamos, por ejemplo, al ámbito teológico, en el cual podemos hallar tantas verdades como religiones. Para el cristianismo se trata de lo revelado tal como figura en las Sagradas Escrituras; leamos las palabras que San Juan⁴³ atribuye a Jesús en su Evangelio:⁴⁴ “Yo soy el camino, y la verdad, y la vida. Nadie viene al Padre sino por mí”. ¿Es esto “verdad” universal? Para un cristiano sí; para un ateo o para quien profese otras creencias, seguramente no.

Desplacémonos ahora a la vida cotidiana de cualquier ser humano, cada uno de ellos tendrá diferentes ideas que aceptará como *su* verdad, aunque no sea la verdad de los demás. Recuerdo al respecto un instructivo diálogo entre una joven estadounidense y otra china, que la escritora Pearl S. Buck desarrolla en su laureada obra *La Buena Tierra*,⁴⁵ en cuyo transcurso la segunda no puede entender que cada persona pueda pensar lo que quiera sobre alguna cuestión determinada, ya que resulta indispensable a su entender que un líder sea quien les marque a todos dónde está la verdad, para eludir el riesgo que se equivoquen.

⁴³ Evangelio según San Juan. 14. 6.

⁴⁴ Utilizo el texto de la XXV edición de la *Santa Biblia* de Ediciones Paulinas Verbo Divino para Latinoamérica.

⁴⁵ Buck, Pearl S. *The Good Earth*. Obra publicada en el año 1931 con la cual la autora obtuvo el premio Pulitzer de 1932. Consultado el 2 de julio de 2018 en la página www.amazon.com/Good-Earth-Oprahs-Book-Club/dp/0743272935.

Esto también es cierto en el ámbito del derecho, que tiene conceptos aparentemente muy claros: culpa, dolo, delito, contrato, propiedad, etc. Sin embargo esta claridad disminuye, y con ella las ideas acerca de cuál es el significado “real” de los mismos, en la medida que nos desplazamos de un sujeto a otro. Léase la narración de Von Ihering⁴⁶ titulada *El Cielo de los Conceptos Jurídicos*, para advertir que en este mundo no existen conceptos puros, ya que cada uno de ellos está teñido por la subjetividad de quien los lee o los pronuncia. De este modo ya no podemos hablar de ideas universales, no hay culpa, dolo, delito, contrato o propiedad abstractos, si no pensados en función de “alguien”, con lo cual la verdad de su naturaleza mutará según la experiencia de cada uno de esos infinitos “alguien”. Nunca podrá ser igual para dos personas.

¿Se quiere un ejemplo? Pues vaya: decir que “la propiedad privada de los medios de producción es el mejor sistema económico y político” resulta una verdad indiscutible para quien participe de una concepción capitalista de la economía, pero a la vez una falsedad total para el que profese la ideología marxista.

IV. La verdad en las sentencias judiciales

En el marco del orden jurídico privado, cuando alguien considera que alguno de sus derechos subjetivos no ha sido respetado, recurre al ejercicio de una acción buscando la concreción efectiva de aquel, con lo que se da inicio a un proceso judicial. Por este motivo el jurista Celso⁴⁷ ha definido la acción como “el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se debe”. Lo propio sucede en el ámbito del orden jurídico público, en el cual las violaciones al derecho establecido generan también la formación de procesos judiciales.

Estos procesos, públicos o privados, pretenden dar lugar al restablecimiento del derecho objetivo vulnerado, si nos colocamos en la órbita del derecho de Europa continental, o bien a la creación de dicho derecho objetivo si del derecho romano clásico o del derecho anglosajón actual se trata, como lo he sostenido en reiteradas oportunidades,⁴⁸ cosa que aquí carece de relevancia porque lo que me interesa es otra cuestión, concretamente la finalidad de dichos procesos.

Porque la terminación de los mismos se opera con el dictado de una sentencia la cual, cuando ya no es susceptible de recurso alguno, sea porque se los ha

⁴⁶ Von Ihering, Rudolf (1974). *Bromas y Veras en la Jurisprudencia. El Cielo de los Conceptos Jurídicos*. Buenos Aires: E.J.E.A.

⁴⁷ Celso, en D. 44.7.51.

⁴⁸ Ghirardi, Juan C. (2012). *Manual de Derecho Romano*. Córdoba: Editorial Eudecor.

utilizado a todos o porque transcurrió el término para interponerlos sin que ello haya sucedido, se dice que es “sentencia definitiva” la cual hace “cosa juzgada”. Ahora bien, cabría preguntarnos cuándo una sentencia es definitiva para, a partir de allí, analizar la trascendencia de la cosa juzgada en relación a la verdad, cosa de la cual me he ocupado detenidamente junto al Dr. Olsen A. Ghirardi.⁴⁹

Para dilucidar lo que es una “sentencia definitiva” no cabe acudir al aspecto formal, porque igual puede serlo una sentencia propiamente dicha, un auto interlocutorio, o aún la resolución pronunciada en el trámite de una defensa extraordinaria, como sería un amparo. Sin embargo lo esencial es otra cosa: “La resolución debe terminar el pleito, o un incidente o artículo, haciendo imposible su prosecución”.

El tema ha sido exhaustivamente tratado por el Excmo. Tribunal de Justicia de Córdoba en un fallo que, pese a su antigüedad, conserva intacta la actualidad.⁵⁰ Así nuestro más alto órgano jurisdiccional ha declarado que: “El carácter de definitiva, a los efectos de la revisión,⁵¹ no resulta de la entidad del derecho sobre el que se pronuncia, ni de la calidad de irrevocable que acompaña a toda resolución debidamente ejecutoriada, sino de su naturaleza procesal en cuanto recae sobre el fondo del asunto tratado, concluyéndolo o haciendo imposible su continuación, ya sea porque se pronuncie sobre las cuestiones planteadas agotando el fondo del litigio, o porque al resolver una cuestión incidental se imponga su conclusión”. La de ésta, se entiende, porque la misma iba dirigida a poner fin al pleito.

El maestro Manresa⁵² es muy preciso: “Nótese bien que, para que tenga el concepto de definitiva, la sentencia recaída en un incidente o artículo ha de ponerle término, haciendo imposible la continuación de éste”.

En igual sentido Reus⁵³ enseña que “tienen el concepto de definitivas las sentencias que terminan el pleito, y que todas aquellas sentencias que decidan la cuestión principal del pleito son definitivas, teniendo además el carácter de

⁴⁹ Ghirardi, Olsen A. y Juan C. (1973). *El Recurso de Revisión*. Córdoba: Editorial García Torralba.

⁵⁰ Me refiero a la sentencia del 16 de julio de 1953, que fuera publicada por La Ley, en su tomo 74, página 326. El voto determinante pertenece al Dr. Carranza, al cual se glosa en este escrito.

⁵¹ Léase casación, conforme la actual redacción del C. P. C. de Córdoba.

⁵² Manresa y Navarro, José M. (1906). *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid: Imprenta de la Revista de la Legislación, al referirse al artículo 1690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1880, que sustituye la de 1855.

⁵³ Reus, D. Emilio (1881). *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

tales para los efectos del recurso los autos que, recayendo sobre un incidente o artículo ponen fin al pleito haciendo imposible su continuación”.

De esta suerte, no interesa –ya lo expuse– la “forma” de la resolución. Lo que importa es que la misma vaya encaminada a poner fin al fondo del asunto, haciendo imposible su continuación, u ocasionando un gravamen de difícil o imposible reparación ulterior.

Así, y siguiendo a Fernández,⁵⁴ hallamos ejemplos muy claros de lo que acaba de exponerse: por ejemplo, no sería sentencia definitiva la que resuelve una acción posesoria, porque no obsta al juicio petitorio ulterior, ni en principio la dictada en juicio ejecutivo, porque nada impediría la promoción del juicio ordinario. Pero este principio tiene excepciones: el acogimiento de las defensas de prescripción, o de falta de legitimación sustancial sí sería sentencia definitiva, ya que luego no podría accionarse por la vía ordinaria reclamando una deuda inexigible por prescripción cuya declaración quedó firme, o con partes de las que se ha resuelto que carecen de personería para demandar o ser demandadas.

El mismo autor lo deja bien claro: sentencia definitiva también puede ser un auto equiparable a ésta. Como ejemplo pone el que resuelve sobre perención de la instancia. Como se advierte, no hay aquí principios generales, todo es cuestión de analizar el caso concreto.

La mismísima Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en relación al tema. Hago la salvedad de que lo dijo refiriéndose obviamente al ámbito del recurso extraordinario. No podía ser de otra manera, pero el tribunal más alto del país fijó pautas acerca de lo que debe entenderse por “sentencia definitiva”. Tenemos así, en relación al recurso extraordinario, tal cual lo establece el artículo 14 de la Ley 48, que “una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y solo podrá apelarse a la Corte Suprema en contra de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia, en los casos siguientes...”.

A su vez, el artículo 6° de la ley 4055 agrega que “la Corte Suprema conocerá por último, en grado de apelación, de las sentencias definitivas pronunciadas por las cámaras federales de apelación, por las cámaras de apelación de la Capital, por los tribunales superiores de provincia y por los tribunales superiores militares, en los casos previstos por el artículo 14 de la Ley 48, del 14 de septiembre de 1863”. Finalmente, el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sienta que “el recurso extraordinario deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido en el artículo 15

⁵⁴ Fernández, Raúl E. (2006). *Impugnaciones Ordinarias y Extraordinarias en el C .P. C. C.* Córdoba: Editorial Alveroni.

de la Ley 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva”.

En la práctica, entonces, el concepto de sentencia definitiva ha variado. Ya no se encuentra vigente el sentido clásico y estricto. Una doctrina pretoriana lenta, permanente, evolucionista y muchas veces mutativa de los textos legales, ha delineado un panorama complejo y algunas veces impreciso en torno del asunto. Pero la regla general es más amplia ahora; bastará que la resolución cause gravamen irreparable y que este gravamen sea de difícil o imposible reparación ulterior para que nos encontremos ante una “sentencia definitiva”, de la cual puede decirse que constituye “cosa juzgada” sobre un determinado asunto.

Volvamos entonces sobre este último concepto, en relación al cual existe un fragmento perteneciente a Modestino que recopila el Digesto,⁵⁵ conforme el cual *“res iudicadicitur que finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione, vel absolutione contingit”*, lo que significa que se denomina cosa juzgada a la que puso término a las controversias con el pronunciamiento del juez, ya fuere condenando o absolviendo.

Por su parte la voz “veredicto” tiene un sentido similar, aunque generalmente se la emplea en los procesos penales a los cuales sirve para poner fin. Esta palabra viene de las voces latinas *verey dictus*, con lo que se quiere exteriorizar que la condena o absolución de un reo constituye una decisión “adoptada con verdad”, o “conforme la verdad” que se ha pronunciado previa una recta merituación de los hechos tales como, a través de las pruebas aportadas durante el juicio, se estableció que realmente sucedieron.

Ahora bien, existe otro aforismo de uso común en el Foro y que Juan Ramírez Gronda⁵⁶ nos recuerda, conforme el cual *“res iudicata pro veritate habetur”*; esto es que la cosa juzgada se tiene por verdad. La fuente es el jurisconsulto Ulpiano, a través de un fragmento receptado en el Digesto,⁵⁷ en el que se lee lo mismo con una ligera variación: *“res iudicata pro veritate accipitur”*, lo que viene a significar que la cosa juzgada es admitida como verdad, según la versión del *Corpus Iuris* de Ildefonso García del Corral.⁵⁸

Como se advierte, el concepto que contienen tanto el aforismo popular cuanto el fragmento jurisprudencial es idéntico, por más que en un caso se diga “se tiene” y en el otro “se admite”. Sin embargo ninguna de estas versiones me

⁵⁵ Modestino, en D. 42. 1. 1.

⁵⁶ Ramírez Gronda, Juan D. (1961). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Claridad S.A.

⁵⁷ Ulpiano, en D. 50. 17. 207.

⁵⁸ García del Corral, Ildefonso (1897). *Corpus Iuris Civilis*. Barcelona: Editorial Lex Nova S. A.

convence, dado que *habetur* y *accipitur* son verbos que no están empleados en modo indicativo, de modo que deberíamos en realidad leer traduciendo de forma libre, pero respetando el modo del verbo, “debe tenerse” y “debe admitirse”. ¿Qué relevancia tiene esta variación? Mucha, porque:

- No es que la cosa juzgada “sea” verdad.
- Tampoco que “se tenga” o “se admita” como verdad.
- Lisa y llanamente “debe tenerse” o “debe admitirse” como verdad.

Tanto si lo es como si no lo es, eso no interesa, la ley dice que allí está lo verdadero sin admitir ya ninguna discusión. No porque sea necesariamente la verdad real, sino porque legalmente se considera que lo es.

Lo que acabo de desarrollar me parece altamente ilustrativo porque está demostrando lo que la verdad significa realmente para el derecho, que parecería dirigirse a buscarla y ponerla de manifiesto siempre y en toda circunstancia aunque en realidad no sea así. Porque lo hace a través de los jueces, que son sus intérpretes últimos en cualquier proceso. Y estos jueces parecieran a juzgar por el texto de los preceptos mencionados como dotados de infalibilidad, porque sus sentencias una vez alcanzado el carácter de definitivas “son” la verdad. Sin embargo, en ocasiones no es así.

V. La verdad y el derecho

Si preguntamos a cualquier jurista o a cualquier abogado si es misión del derecho la búsqueda de la verdad, casi con seguridad nos responderá que sí. Tal vez, de tratarse de alguien con conocimientos en derecho romano, nos señale que quien se aparte de ella al realizar un acto jurídico incurre en dolo malo, susceptible de generar un vicio de voluntad en la contraparte que anularía dicho acto, rematando su alocución con la conocida definición de Labeón:⁵⁹ “Dolo malo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro”.

El sentido íntegro de la frase, y especialmente el empleo de las palabras “falacia”, “engaño”, “maquinación” y “fraude”, es sumamente ilustrativo. Todas ellas están calificando a una conducta dolosa como un obrar reñido con la verdad, tendiente a lograr que la otra parte actúe de una determinada manera, que es diferente a la forma en que hubiera obrado de conocer cabalmente esa verdad. Esto es totalmente cierto, pero ¿podríamos inferir a partir de este punto que el

⁵⁹ Labeón, en D. 4. 3. 1. 2.

derecho tiene como valor supremo lograr que la verdad resplandezca, siempre y en toda ocasión?

Me quedan dudas. Para intentar disiparlas, volvamos a los procesos regulados por las distintas ramas de la ciencia jurídica, porque como ya se dijo cada uno de ellos está llamado a terminar con una sentencia que, una vez pasada en autoridad de cosa juzgada, “debe ser tenida por verdad”.

Comencemos por el derecho penal, en cuyo ámbito los procesos están encaminados a establecer si existió algún delito y, en caso afirmativo, quién lo cometió y qué pena merece. Parecería evidente que en este marco lo que se busca es desentrañar la verdad de lo que pudo haber sucedido, aunque esta afirmación apriorística me merece reparos porque en el universo jurídico jamás hay un valor que se erija en *el* principio jurídico a seguir, con exclusión de cualquier otro. Normalmente hay varios que, para hacer la cuestión aún más compleja interactúan unos con otros, y de esta manera la búsqueda de la verdad puede ser opacada por alguna garantía, algún valor, que el sistema estime prioritario para mantener la paz en el orden social.

Concretamente, en el caso específico del fuero penal rige el principio *in dubio pro reo*, conforme al cual ante la duda, por ejemplo, debida a insuficiencia probatoria, se debe favorecer al imputado. Se vincula con los principios de inocencia y legalidad, dado que todo acusado ha de ser considerado inocente, mientras no se haya demostrado más allá de toda duda su culpabilidad.

Como se advierte, no interesa estrictamente la verdad. Hay garantías individuales que están por sobre ella. El juez no puede condenar sin pruebas concluyentes, aunque esté persuadido de que hubo un delito y que el reo fue el autor, ni siquiera cuando éste confiese haberlo sido. Correlativamente, una vez dictada la absolución definitiva y firme ésta, no puede producirse otro juzgamiento en virtud del mismo hecho en virtud del principio *non bis in eadem*, ya que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa.

¿Qué decir del proceso laboral? Pareciera que las cosas fuesen distintas ya que aquí se busca primordialmente establecer la “verdad real” y en virtud de ello los jueces están autorizados a fallar *ultra petita* y aún *extra petita*. Sin embargo esta “verdad real” no es siempre el objetivo prioritario, ya que entra a tallar otro principio que puede entrar en conflicto con la búsqueda de aquella, y es el *in dubio pro operario*, de conformidad al cual en caso de duda los magistrados deben favorecer al trabajador.

La idea es, partiendo de la presunción de que en una relación laboral existe una parte más débil que es el empleado y otra correlativamente más fuerte que es el empleador, restablecer la igualdad entre ambas que supuestamente debería reinar, pero ello puede llevar a situaciones distantes de la verdad acerca de lo que el vínculo fue. Así no bastará que el patrón diga lo que realmente sucedió; a él le incumbe la carga de la prueba, y en caso de no poder producirla perderá

el juicio, aunque haya dicho la verdad. Y si eso sucede, en virtud del valor de la cosa juzgada que debe ser tenida por verdad, ya no podrá lograr un nuevo juicio, tendiente a demostrar cómo fue lo que realmente sucedió.

Por su parte, el juez en lo civil y comercial no tiene las atribuciones que, en lo relativo a establecer la verdad real en un litigio determinado, tienen sus colegas en lo penal y en lo laboral. Para ponerlo más claro, y haciendo la debida excepción para el caso de los procesos concursales:

- Son las partes, a través de la demanda y su respectiva contestación las que fijan los extremos de la *litis*.
- El magistrado puede eventualmente encuadrar correctamente la cuestión litigiosa desde el aspecto jurídico, en virtud del principio *iura novit curia*, el cual podría ser traducido como “digan las partes los hechos que el juez sabe el derecho”, pero no le está permitido alterar las pretensiones expuestas por los litigantes, ni fallar *ultra* ni *extra petita*, porque se apartaría de los extremos litigiosos tal como fueron sometidos a su potestad jurisdiccional incurriendo en el vicio lógico de incongruencia, susceptible de causar la nulidad de la sentencia que dicte.
- El proceso civil y comercial además es dispositivo; esto es que instar el trámite u ofrecer y diligenciar prueba depende de la actividad de las partes. La eventual inactividad no puede ser suplida por el tribunal.

Consecuentemente el fallo va a depender de la mayor o menor habilidad expuesta por los litigantes al demandar, contestar la demanda, ofrecer y producir la prueba pertinente. Tal el campo dentro del cual se desenvuelve la actividad del juzgador del cual éste no puede salir, y con arreglo a estas variables pronunciará su fallo que, a esta altura no hace falta aclararlo, podrá eventualmente ajustarse a la verdad real de la actividad objeto de juzgamiento o no, debido precisamente a los límites a los que el juez debe ceñirse.

Agreguemos algo más, en virtud de una regla proveniente del derecho romano enunciada como *error iuris nocet*, el error de derecho perjudica. Esto es así porque la ley se presume conocida por todos aunque no sea así y, consecuentemente, nadie puede alegar ignorarla o haber desconocido el alcance de los actos que realizaba, o los recaudos que debió haber guardado al llevarlos a cabo, con lo que puede perder un juicio, aun habiendo obrado de buena fe. Este principio estaba consagrado en el artículo 20 del Código Civil de Vélez Sarsfield y se encuentra reproducido de modo textual en el artículo 8 del actualmente vigente Código Civil y Comercial de la Nación.

Obviamente, una sentencia firme hace cosa juzgada y ya no es posible volver a discutir la cuestión que fue resuelta, aunque esa resolución no se haya ajustado a la verdad de la relación que fue materia de un litigio. Sin embargo al respecto

hay una excepción, porque por la vía del recurso de revisión podría reabrirse un caso en el que ya exista sentencia definitiva de mediar circunstancias excepcionales. Aunque hay que aclarar que esto es materia procesal y, por ende, cada provincia ha sido libre de dictar sus propias reglas al respecto, porque esta materia no se comprende entre aquellas que fueron delegadas a la Nación.

En el caso concreto de Córdoba, se ocupan del recurso de revisión los artículos 395 a 401 del Código Procesal Civil, estableciéndose que dentro de los cinco años de dictada sentencia definitiva puede pedirse su anulación, si se comprobara que se pronunció en virtud de documentos cuya existencia se desconocía en el momento de la resolución, o que con posterioridad a ésta se declararon falsos, o en virtud de falsos testimonios, o cuando hubiera mediado prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

Por su parte, en los procesos de índole administrativa o constitucional la cuestión de la verdad no resulta prioritaria, ya que en ellos lo que se busca es establecer la legitimidad de un acto de la administración pública, o si alguna norma de rango inferior es violatoria de otra de rango superior, o de la misma Constitución Nacional.

Hay en fin ciertas cuestiones en las cuales la verdad acerca del hecho que dio origen al proceso directamente no interesa. Citemos a modo de ejemplo:

- Los títulos de crédito como cheques o pagarés, que por disposición legal son abstractos y no causales, es decir, que valen por sí mismos y la deuda que instrumentan se debe, aunque en realidad no se adeude, porque no es lícito discutir su causa. De esta manera, si alguna persona emite un pagaré simplemente para enseñarle a otra cómo se redacta y ésta mantiene en su poder el instrumento, puede exigir su pago al vencimiento, sin que sea factible oponer ninguna defensa. Aunque en estos casos siempre queda un resquicio para sacar la verdad a la luz, ya que quien abona un instrumento de este género puede promover un juicio ordinario de repetición, en el cual el tenedor del título debe demostrar que el mismo sí instrumentaba una obligación realmente existente.
- En materia de derecho público rige el principio *solve et repete*: pague y luego pida la devolución. De modo que si el fisco determina una deuda hay que abonarla para luego, eventualmente, pedir el reintegro si resultase que la obligación tributaria no existía o que, de existir, su importe era menor.
- Cualquier obligación en el orden del derecho privado prescribe, es decir, que transcurrido un lapso de tiempo variable según la naturaleza de la misma, la acción para cobrarla se extingue sin que sea posible ya reclamar su cumplimiento, aunque la deuda haya sido absolutamente real.
- Lo mismo sucede con las penas que corresponden a los delitos, salvo

aquellos que son imprescriptibles. En virtud de la preeminencia en estos casos del valor que hace a la seguridad jurídica, la acción penal se extingue transcurrido un lapso determinado, aunque el delito haya existido.

- En fin, debido a la institución de la prescripción adquisitiva o usucapión, un juez puede declarar a alguien propietario de un inmueble por el solo hecho de ocuparlo actuando como si fuese propietario, aunque jamás lo haya sido.

Si bien podría extenderme más sobre este tema, considero que lo precedentemente expuesto resulta suficientemente ilustrativo a los fines de este trabajo como para poner de manifiesto que no solamente en un juicio a veces deja de ser prioritario desentrañar la verdad real, sino que muchas veces esta verdad real carece por completo de importancia.

VI. En conclusión

Volvamos entonces a los interrogantes que me he planteado al iniciar esta exposición, que a esta altura pueden resumirse en uno solo, y es dilucidar si buscar la verdad constituye un principio general del derecho. Contestarlo amerita otra pregunta: ¿a qué tipo de verdad nos estamos refiriendo?

Porque si a la verdad meramente formal aludimos, la respuesta sería indudablemente afirmativa. Más aún, se podría decir que es el principio fundamental del derecho, en tanto y en cuanto este último constituye el medio que la sociedad ha creado erigiéndolo como el mecanismo idóneo para solucionar conflictos y mantener el orden dentro de su seno. Desde este punto de vista, todo problema que llega a los estrados judiciales concluye o debiera concluir con el dictado de una sentencia, y dicha sentencia por definición “es expresión de la verdad”, y así debe ser formalmente considerada.

Pero esta verdad formal puede coincidir o no con la verdad real, de modo que no siempre desentraña lo que verdaderamente sucedió, ni tampoco fija “lo que es”, simplemente establece lo que en adelante “debe ser tenido como lo que es”, aunque no sea así. Ello porque, como se ha visto, en el ámbito jurídico interactúan una serie de principios y garantías que se relacionan entre sí, y que responden a la necesidad de poner en acto y aplicar ciertos valores que cada ordenamiento social definió como prioritarios para llegar a la solución justa de un conflicto. Que pueden variar de un Estado a otro, y aún de una época temporal a otra dentro de un mismo Estado.

Por ello me atrevo a afirmar que buscar la “verdad real”, si por ello entendemos a establecer lo que realmente sucedió, cómo se generó un determinado conflicto de intereses ya fuere en el ámbito del orden público o del privado y

qué rol jugó dentro del mismo cada uno de sus protagonistas, puede ser un principio general del derecho. Pero de ninguna manera un principio esencial.

Algunas reflexiones acerca de la situación de la mujer en el derecho romano

Por Elvira Méndez Chang⁶⁰

I. Introducción

Al estudiar el mundo antiguo, se ha presentado a la mujer en una situación de subordinación respecto del hombre y con una mínima actuación jurídica en las sociedades patriarcales. Esto expresaría una concepción androcéntrica de la historia.⁶¹

En Roma, la mujer se encontró bajo la autoridad de un hombre: *el paterfamilias*. No obstante, ella llegó a actuar en algunos ámbitos en los que tuvo impacto y así contribuyó a una mejora paulatina de su tratamiento jurídico. Debemos recordar que ella debió personificar los valores y virtudes romanos tanto en la casa como en el espacio público. Además, tuvo un destacado papel en la religión desde la fundación de la ciudad, como fue el caso de las Vestales. Asimismo, su papel no estuvo limitado a la esfera privada porque, aunque no gozó ni ejerció derechos políticos, tuvo una participación e influencia en los asuntos públicos hasta el fin del Imperio romano.

⁶⁰ Profesora principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Actualmente es Directora del Instituto de Estudios Internacionales de la PUCP. Fue Jefa del Departamento Académico de Derecho y Directora de Estudios de la Facultad de Derecho de la PUCP.

⁶¹ Para Bengoochea, hay una “concepción androcéntrica y eurocéntrica de la historia, que ha seleccionado –desde los presupuestos ideológicos de la óptica masculina– como dignos de un análisis histórico determinados acontecimientos y ha excluido otros por considerarlos de escaso interés o nula incidencia histórica.” Bengoochea Jove, M. C. (1998). “La historia de la mujer y la historia de género en Roma Antigua: historiografía actual”. En *Espacio Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua*, 11, 244.

Si bien resulta indiscutible que la mujer en Roma no tuvo los mismos derechos y obligaciones que el hombre, quiero demostrar que, con el correr del tiempo, ellas pudieron obtener gradualmente mayores derechos y llegaron a asumir responsabilidades según lo establecido en las fuentes romanas.

Para precisar cuál era el tratamiento jurídico de la mujer en Roma, inicialmente voy a analizar los términos fueron utilizados para referirse a ella. También presentaré cómo participó en los ámbitos religioso, moral y político; ello me permitirá analizar cuál fue su situación y cómo ésta evolucionó en el derecho romano.

II. Términos utilizados para referirse a la mujer

Al revisar las fuentes históricas, literarias y jurídicas, se encuentran varios términos en latín referidos a la mujer que tendrán incidencia en su tratamiento jurídico.

II. a. *Sobre la posición social y jurídica de la mujer*

En primer lugar, encontramos las palabras en latín utilizadas para referirse a la mujer como ser humano de sexo femenino:

- *Femina*: El término significa hembra o fémina (D. 1. 5. 9). Era el ser de sexo femenino. Su uso no se limitaba a la mujer ya que se aplicaba también a las animales hembras (D. 1. 1. 1. 3).
- *Mulier*: Se refiere a la mujer (D. 1. 5. 14) y se emplea tanto respecto a quien era impúber o púber.⁶²

Ambos términos se refieren ontológicamente a la mujer, sin expresar una calificación sobre ella.

En segundo lugar, las fuentes presentan términos en latín que aluden a la posición social y jurídica de la mujer, poniendo énfasis en cómo se ubicaba en la familia romana:

⁶² "... *mulier-eris* o *femin* (...) el ser humano femenino o hembra, independiente si es niña o adulta." Domínguez, M. (2017). "La *mulier* romana a través de algunos aforismos y fuentes jurídicas." En Álvarez, M. (comp.). *Actas del III Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*, Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 596.

- *Mater*: En general, este término en latín hacía referencia a la madre biológica (D. 1. 5. 15), es decir, a la mujer que ha gestado y dado a luz a una criatura. No obstante, también cuenta con una connotación socio-jurídica, ya que se llamará *mater* a la mujer casada por justas nupcias que se encontraba bajo la marital potestad del *paterfamilias*. A través de su maternidad, la madre era la llamada a desarrollar la comunidad familiar.⁶³

- *Matrona*: Esta palabra tenía una connotación social, ya que se refería a quien era o había sido cónyuge de un ciudadano romano y se comportaba correctamente de acuerdo a su dignidad. Durante la República, la matrona era la mujer honorable que personificaba las virtudes romanas.⁶⁴ Tenía un desempeño decoroso tanto dentro como fuera de la casa, se conducía con pudor y austeridad, y no vivía de manera deshonesta.⁶⁵ Su indumentaria era acorde a esta imagen honesta y austera que proyectaba.⁶⁶ A lo largo del tiempo, se continuó valorando positivamente la conducta apropiada de una matrona.

- *Uxor*: Era la cónyuge de un ciudadano romano, es decir, la mujer que había contraído matrimonio por justas nupcias,⁶⁷ sea que se encuentre o no bajo la potestad marital (*manus*). La mujer casada era considerada la compañera (*consors*) de su marido y, por ello, participaba del rango, los honores y la fortuna del varón.⁶⁸ Inclusive, se dice que la mujer casada podía estar loca (D. 1. 6. 8. pr.: “... *si furiosa sit uxor...*”) ya que la locura no disolvía automáticamente el vínculo matrimonial.

- *Materfamilias*: Esta palabra tuvo varias acepciones en las fuentes romanas.⁶⁹ Por lo general, se refería a la cónyuge del *paterfamilias*: era la

⁶³ 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*. Xalapa: Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, p. 150.

⁶⁴ Bengoochea Jove, M. C. *La historia...*, cit., p. 252.

⁶⁵ López Güeto, A. (2018). *Mujer, poder y derecho en Roma*. En *Revista Jurídica Piélagus*, 17, 1, p. 21

⁶⁶ M. P. Irigoyen Troconis, *Literatos...*, cit., p. 156.

⁶⁷ López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 15.

⁶⁸ Del Castillo, A. (2010). *El sistema familiar romano de la época clásica y la condición social de la mujer casada en el contexto del mundo antiguo*. En UNED, *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie II, *Historia Antigua*, Tomo 23, pp. 183 y 198.

⁶⁹ Por ello, López Güeto afirmó que hay tres acepciones de *materfamilias*: la mujer casada *cum manus* con el *paterfamilias*, la mujer *sui iuris* y la que vivía conforme a las *mores* aunque no tuviera hijos. López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 20 ss.

mujer casada por *conventio in manum* con el *sui iuris* que encabezaba la familia. Ella estaba sujeta a su potestad marital (*manus*).⁷⁰ De esta manera, se diferenciaba de las demás mujeres casadas (*uxores*) que se encontraban dentro de la familia. La *materfamilias* debía ser respetable⁷¹ y tener una conducta ejemplar. En consecuencia, era necesario que se comportara con pudor y austeridad. Su papel era importante en la ciudad porque ella era la llamada a procrear para aumentar los miembros de la familia y contribuir con el nacimiento de nuevos ciudadanos para Roma. Además, se esperaba que ella contribuyera a formar a sus hijos como buenos ciudadanos romanos (*cives romani*). Según lo señalado por Tácito (*Dialogus de Oratoribus*, 28) varias *matresfamiliarum* brindaron una educación adecuada y ejemplar a sus hijos, quienes fueron destacados políticos en Roma: Cornelia educó a los hermanos Tiberio y Cayo Sempronio Graco; Aurelia al general Julio César; y Acia a Octavio, quien sería posteriormente Augusto, el primer príncipe. En el Digesto, se afirmó también el lugar privilegiado que tenía la *materfamilias* y se enfatizó que ella debía vivir honestamente en D. 50. 16. 46. pr.: “*Materfamilias*’ debemos considerar a la mujer que no vive deshonestamente, pues las costumbres a ciertas mujeres identifican y separan del resto”. Adicionalmente, en la codificación del emperador Justiniano I se otorgó un significado jurídico más preciso a este término, ya que la *materfamilias* fue la ciudadana romana *sui iuris*, fuese púber o impúber (D. 1. 6. 4); es decir, la mujer que no dependía jurídicamente de otra persona, sin importar la edad que tuviera.

- *Filia*: Era la hija (D. 1. 5. 11), la descendiente de sexo femenino. Cuando era la hija habida de justas nupcias, era llamada *filiastfamilias* (D. 1. 6. 4) y estaba bajo la patria potestad de su *paterfamilias* hasta que se diera algún supuesto en que esta potestad terminara. Por ejemplo, por contraer justas nupcias *cum manus* o ser emancipada.

- *Paelex*: Este término era empleado para la amante o compañera de un hombre casado.⁷²

Si bien se utilizaron otros términos para referirse a la posición socio-jurídica de las mujeres en Roma, se han presentado los que se consideran más relevantes para efectos de este artículo.

⁷⁰ Irigoyen Troconis, M. P. *Literatos...*, cit., p. 153 ss.

⁷¹ López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 19 ss.

⁷² Rouillón Almeida, D. (2010). *Bases Romanas Justinianeanas del Concubinato Actual*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 73.

II. b. Sobre la calificación de la mujer

Existieron varios términos que se referían a cómo los romanos calificaban a las mujeres. Por lo general, estaban relacionados a la supuesta debilidad femenina.⁷³ A continuación, se presentarán los términos que fueron utilizados en las fuentes jurídicas romanas para calificar a la mujer como un ser débil:

- *Infirmitas*: Este término fue empleado en los siglos III y IV d. C. y se refería a la ausencia de *firmitas*. Esta falta de fuerza o firmeza de la mujer fue considerada un defecto o algo negativo.⁷⁴ En consecuencia, se afirmó que la relativa imperfección de su sexo (*infirmitas sexus*) frente al de los hombres era la justificación para darle un tratamiento diferenciado.⁷⁵ Sin embargo, esto resulta paradójico si recordamos lo que señaló Tácito (*Dialogus de Oratoribus*, 28) donde mencionó a las mujeres que, de manera firme, ejemplar y adecuada, educaron a sus hijos para que se conviertan en honorables ciudadanos y que jugaron un papel muy importante en Roma. A las destacadas figuras de las matronas Cornelia, Aurelia y Acia, se pueden sumar otras como Livia, la madre del príncipe Tiberio (Suetonio, *Vitae Caesarum. Tiberius*. 4),⁷⁶ quien tuvo una gran influencia en la política de su cónyuge César Augusto y de su hijo al inicio del Principado, así como la emperatriz Teodora.
- *Imbecilitas*: Era un término que se refería a la debilidad de espíritu (*imbecillitas mentis*) atribuida a la mujer. Ello llevaba a concluir que tenía una ligereza mental.⁷⁷ Esta debilidad de su sexo (*imbecillitas sexus*)⁷⁸

⁷³ “Parmi les différents qualificatifs appliqués aux femmes dans le droit justinien, les plus fréquents son relatifs à la faiblesse féminine. Trois termes latins sont employés pour la designer: *infirmitas*, *imbecillitas*, *fragilitas*, ainsi qu’un terme grec: *to asthénés*.” Beaucamp, J. 1976 “Le vocabulaire de la faiblesse féminine dans les textes juridiques romains du III^e au VI^e siècle” En *Revue Historique de Droit Français et Étranger*. Paris: Sirey, 54, 4 (octobre –décembre), p. 485.

⁷⁴ Beaucamp, J., *Le vocabulaire*, cit., p. 503.

⁷⁵ Thomas, Y. (1993). “La diferencia de los sexos en el derecho romano.” En Duby, G. y Perrot, M. (ed.). *Historia de las mujeres en occidente, La Antigüedad*. Madrid: Taurus Ediciones, Vol. 1, p. 115.

⁷⁶ Suetonio, C. (1883). *Los doce Césares*. Traducción del latín por F. Norberto Castilla. Madrid: Luis Navarro Editor.

⁷⁷ Thomas, Y. *La diferencia...*, cit., 115.

⁷⁸ Sobre la *imbecillitas sexus* y su influencia en el tratamiento jurídico de la mujer, véase: Gacto Fernández, E. (2013). *Imbecillitas sexus*. En *Cuadernos de Historia del Derecho*, 20, p. 27 ss.

justificaba el tratamiento desigual que se le daba a la mujer en el sistema jurídico romano. En efecto, ella era considerada incapaz y debía ser protegida. Como contrapartida, estaba limitada en sus derechos y obligaciones.

- *Fragilitas*: Esta palabra la encontramos en el *Corpus Iuris Civilis*. Según Beaucamp, este término fue la expresión de la evolución de la mentalidad romana en los últimos siglos en los que la debilidad de la mujer dejó de ser considerada como una inferioridad natural (que llevaba a excluirla o discriminarla en el ámbito jurídico) para ser entendida como un motivo de protección.⁷⁹ En consecuencia, el uso de la palabra *fragilitas* fue relevante y concordante con el papel de la mujer en el derecho romano justinianeo.

Una vez definidos los términos referidos a la mujer, así como aquellos que la calificaban como débil (*infirmitas, imbecilitas, fragilitas*), analizaremos cuál fue su tratamiento en algunos ámbitos en Roma.

III. En el ámbito moral

En general, se tiene mayor conocimiento sobre la historia de las mujeres romanas que encarnaban las virtudes y los valores de la ciudad, así como aquellas cuyas vidas estaban relacionadas con hombres famosos o que realizaron gestas importantes. Entre las mujeres que encarnaban el ideal romano estaban Cornelia, Aurelia y Acia, que fueron mencionadas por Tácito (*Dialogus de Oratoribus*, 28), así como Livia, casada con César Augusto, y Agripina la mayor, la celebrada cónyuge de Germánico. Asimismo, eran motivo de encomio quienes defendieron su honor aunque se convirtieron en víctimas, como Lucrecia (Tito Livio, *Ab Urbe condita*, I. 58)⁸⁰ o Virginia (*Tab. VI. 6; D. 1. 2. 2. 24*).

En Roma, cada mujer debía guardar una conducta apropiada e intachable; es decir, debía ser pudorosa, honesta y honorable,⁸¹ así como vivir de acuerdo a

⁷⁹ Beaucamp, J. *Le vocabulaire...*, cit., p. 504.

⁸⁰ Lucrecia fue violada por Sexto Tarquinio, hijo del rey de Roma Lucio Tarquino el Soberbio, cuando su marido no estaba en casa. Cuando él regresó, ella denunció lo sucedido y se suicidó. Sobre la voz dada a Lucrecia como víctima, véase: Beard, M. (2018). *Mujeres y Poder*. Traducción de Silvia Furió. Buenos Aires: Crítica, p. 22 ss.

⁸¹ Bengoochea Jove, M. C. *La historia...*, cit., p. 252. En la medida que las mujeres tenían defectos como la avaricia o la litigiosidad, era necesario vigilarlas constantemente y confinarlas al espacio doméstico según Hespanha, A. M. (2001). "El estatuto jurídico de la mujer en el derecho común clásico". En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 4, p. 85.

las virtudes y los valores romanos como la *pudicitia*, la *prudencia*, la *verecundia* (sentido de la vergüenza) y observar las *moresmaiorum*.⁸² Esto último se afirmó en el Digesto, ya que la *materfamilias* debía vivir honrosa y honestamente según las buenas costumbres (D. 50. 16. 46. pr.-1). Se exigía que su comportamiento sea irreprochable tanto en el espacio privado (dentro de la casa) como en el público (fuera de los muros de la *domus*, en las calles, los juegos, el teatro, entre otros)⁸³ con el fin de no afectar el honor y la dignidad de la familia a la que pertenecía.

En cuanto a las conductas deseables en una mujer, era importante que guardara silencio y no interviniera en las cuestiones públicas. Por ello, la mujer callada y sumisa era valorada positivamente.⁸⁴ Al respecto, Plauto afirmó la relación entre la virtud y el silencio en su comedia *Rudens*: el personaje Tracalión enfáticamente sostuvo que las mujeres “Guardan silencio, porque una mujer pudorosa siempre, es más virtuosa que una parlanchina” (Plauto, *Rudens*, Acto IV; Escena IV: “*Eo tacent, quia tacitast melior mulier semper quam loquens.*”).⁸⁵ Además, la mujer romana honorable tenía límites al momento de actuar, los que no necesariamente se aplicaban a los hombres.

La exigencia de ser honesta se mantuvo a través del tiempo. Un ejemplo de ello lo tenemos en Plutarco, quien en su obra *Vidas paralelas (Cicerón)*⁸⁶ narró un incidente que involucró a Pompeya, cónyuge de Julio César. El joven patricio Publio Clodio Pulcro, enamorado de Pompeya, ingresó a la casa del general romano durante la fiesta de la Buena Diosa (*Bona Dea*) en la que solamente podían participar mujeres. Los hombres estaban prohibidos de asistir. Clodio se disfrazó de mujer para lograr su objetivo: seducirla. Cuando se descubrió su engaño, huyó. Luego de conocer estos hechos, Julio César se divorció de ella porque, aunque estaba seguro de la honestidad de Pompeya y que ella no le

⁸² López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 12.

⁸³ Ellas participaron junto a los hombres en los banquetes y en algunos espectáculos públicos. Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 198.

⁸⁴ González Gutiérrez, P. (2018). “La Voz Negada: Discursos sobre la palabra y el silencio de la mujer en el mundo clásico.” En *Cuadernos de Historia*. Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Chile, 48 (junio), p. 19 ss. Además, Mary Beard sostiene que la idea de silenciar a las mujeres se presentó desde la *Metamorfosis* de Ovidio, cuando se narró la historia de la desdichada ninfa Eco, quien quedó muda (Libro III. 339-508). Véase: Beard, M. *Mujeres...*, cit., 20 ss.

⁸⁵ Grupo Areté del Mundo Clásico. Plauto. *Rudens*. Recuperado de: https://www.academia.edu/4321423/Plauto_Rudens (20 de octubre del 2018).

⁸⁶ Plutarco (1847). *Vidas Paralelas*. Traducida del griego por Antonio Ranz Romanillos. Paris: Librería de A. Mézin. Tomo IV, *Cicerón*, p. 54.

había sido infiel, consideraba que su cónyuge no debía ser sospechosa de infidelidad ni de indecencia. Por ello, se dice que la mujer de César no sólo debe ser honesta, también debe parecerlo.

En cuanto a su aspecto externo, la mujer debía vestir con modestia y austeridad porque la indumentaria y los adornos que empleaba servían para proyectar su imagen en la sociedad romana. Su vestimenta debía ser recatada, sin faltar al pudor, y no era bien visto que expusiera sus riquezas. Con el fin de limitar los adornos y joyas que usaban públicamente las mujeres, se dio la *lex Oppia* (215 a. C.),⁸⁷ cuyo objetivo fue que ellas no llamen la atención con sus atuendos.

Además, hubo conductas que eran reprobadas y sancionadas. Por ejemplo, se rechazaba que la mujer bebiera vino, según lo señalado por Aulio Gelio, abogado y escritor romano del siglo II d. C., en sus *Noctes Atticae*, X, 23: “Las mujeres en Roma y en el Lacio debían ser toda su vida abstemias, es decir, abstenerse rigurosamente de beber vino (...)”. De este modo, se trataba de garantizar que la mujer tuviera una conducta intachable. Si bebía vino, podía dar lugar a que perdiera la modestia y la compostura.

No obstante lo mencionado, la sociedad romana experimentó un cambio respecto a algunas virtudes y valores que eran importantes en una mujer y, en especial, en la matrona y la *materfamilias*. En el siglo I a. C., la austeridad pierde vigencia para dar paso a una mayor ambición por la riqueza y su ostentación pública del lujo por parte de las mujeres.⁸⁸

Adicionalmente, la realización de buenas obras por parte de las mujeres era valorada positivamente en el mundo romano. Al respecto, López Güeto señaló que se han encontrado numerosas inscripciones epigráficas que dan cuenta del altruismo femenino (evergetismo) en la provincia de Bética, Hispania, porque varias mujeres establecieron fundaciones para alimentar a los niños pobres o *collegia* de libertas.⁸⁹ Ello fue motivo de encomio y reconocimiento por las comunidades a las que ellas beneficiaron.

En la medida que una mujer sea honesta, gozaba de protección jurídica en Roma. A modo de ejemplo, las mujeres que tenían una vida honorable eran protegidas de las conductas groseras o irrespetuosas de los hombres. En consecuencia, se cometía injuria (*iniuria*) si se seguía a una *materfamilias* o a una

⁸⁷ Irigoyen Troconis, M. P. *Literatos...*, cit., p. 156 ss.

⁸⁸ Irigoyen Troconis, M. P. *Literatos...*, cit., p. 158.

⁸⁹ Se hace referencia a las inscripciones en las que se reconocía a varias mujeres (Pomponia Roscia, Licurnia Rufina o Vibia) quienes invirtieron su riqueza a favor de la comunidad como “una manifestación de la maternidad en sentido público que les hizo merecer en contados casos el calificativo de *mater patriae*”. López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 22.

joven, así como también se sancionaba a quien atentó contra el pudor delante de ellas (I. 4. 4. 1).⁹⁰

Si bien hubo una valoración positiva y se dio protección para las mujeres honestas que cumplían las costumbres de los mayores (*mores maiorum*) y se comportaban según las virtudes y los valores establecidos en Roma, las que no lo hacían resultaban desprotegidas y marginadas.⁹¹ Cuando una mujer libre vivía en concubinato, se decía que ella no tenía la honestidad de una *materfamilias* (D. 23. 2. 41. 1: “*matrifamilias honestatem non habuisse eam dico*”). Si la mujer vivía de manera indecente (*turpiter viverent*) o se prostituía, entonces era considerada deshonorada (D. 23. 2. 41. pr.).⁹²

Un ejemplo del tratamiento más favorable dado a las mujeres honestas frente a las deshonradas lo tenemos en el Digesto. Se estableció que aquellas que fueron prostitutas podían llegar a ser concubinas pero no *uxores* (mujeres casadas por justas nupcias) según D. 23. 2. 24. 1: “En el consorcio con una mujer libre no se ha de entender que hay concubinato, sino nupcias, si no hubiere hecho comercio con su cuerpo”.⁹³ De esta manera, se les limitaba a contraer justas nupcias por haberse dedicado anteriormente a la prostitución, lo cual resultaba siendo una sanción moral, social y jurídica.

Como consecuencia de las disposiciones existentes, las esclavas, las adúlteras y quienes desempeñaban actividades como el arte escénico, se dedicaban a la música, eran camareras en bares y tabernas, realizaban prácticas mágicas o ejercían la prostitución, no contaban con esta protección jurídica⁹⁴ y, por ello, estaban en una situación de vulnerabilidad.

A lo largo de la historia de Roma, hubo algunas mujeres que representaron aspectos negativos:⁹⁵ su conducta era entendida como deshonesta por su forma de proceder y por su libertad sexual; sus actos que eran reprochados por la sociedad. Muchas mujeres no solamente merecieron la reprobación moral y el rechazo social, también fueron procesadas y sancionadas.⁹⁶ Como ejemplo, tenemos a dos adúlteras vinculadas a la familia imperial: Julia, hija de César

⁹⁰ I. 4. 4. 1: “... *sive quis matremfamilias aut praetextatum praetextatamve assectatus fuerit; sive cuius pudicitia attentata esse dicetur...*”

⁹¹ Irigoyen Troconis, M. P. *Literatos...*, cit., p. 155.

⁹² D. 23. 241. pr. “*Probrum intelligitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent, vulgoque quaestum facerent, etiamsi non palam*”.

⁹³ D. 23. 2. 24. 1: “*In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*”.

⁹⁴ López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 12 ss.; González Gutiérrez P., *La Voz...*, cit., p. 19.

⁹⁵ Bengochea Jove, M. C. *La historia...*, cit., p. 251.

Augusto (Suetonio, *Vitae Caesarum, Augustus*, 65) y Mesalina, casada con Claudio (Suetonio, *Vitae Caesarum, Claudius*, 26). Ambas fueron objeto de rechazo y reprobación por su conducta licenciosa y se les aplicó penas muy severas.

Como se ha podido apreciar, la mujer tenía que ajustar su conducta a las virtudes y los valores de Roma para ser respetada y contar con la protección jurídica correspondiente.

IV. En el ámbito religioso

Las mujeres tuvieron una participación importante en la esfera religiosa desde la fundación de Roma, es decir, tenían rituales públicos directamente a su cargo. Esta afirmación se puede corroborar con lo señalado en el mito fundacional, en el que Rea Silvia, la madre de Rómulo y Remo, fue consagrada como Vestal (Tito Livio, *Ab Urbe condita*, I. 3). En consecuencia, este culto y sacerdocio eran anteriores a Roma en la medida que Rea Silvia pertenecía al pueblo latino de Alba Longa.

Las Vestales conformaban un grupo de mujeres que tenía funciones relevantes en el ámbito religioso público.⁹⁷ Además, contaban con un tratamiento jurídico especial. Ellas eran las sacerdotisas de Vesta, quien era la diosa romana del hogar y representaba también a Roma, ya que era llamada *Vesta publica populi Romani Quiritium*.⁹⁸ Su culto era público porque participaba el *populus romanus*. Las Vestales tenían como obligación conservar el fuego sagrado del hogar público en el Templo de Vesta ubicado en el Foro Romano, el que debía

⁹⁶ López Güeto mencionó procesos contra matronas acusadas de magia y comportamientos sexuales descontrolados que son mencionados por Tácito (*Annales*, 2. 69; 4. 22; 4. 52; 12. 65). Véase: López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p 21.

⁹⁷ "The Vestal virgins were prominent figures of public and religious life of Rome all until the very end of fourth century." Tenían una serie de derechos y privilegios que no eran extendidos a las demás mujeres. Undheim S. (2017). "The Wise and the Foolish Virgins: Representations of Vestal Virginity and Pagan Chastity by Christian Writers in Late Antiquity." En *Journal of Early Christian Studies*, 25, 3, p. 385.

⁹⁸ "Whether or not the cult of Vesta originated in the household of the Roman kings, one fact must be emphasized: from the beginning of the historical record it was not a private but a public cult. The role of Vesta herself in symbolizing Rome is abundantly clear. She was the hearth and the heart of Rome. She stood literally at the center of the city and served to bind the city together. The common hearth and the common wall together signified the unity of Rome." Parker, H. N. (2004). "Why Were the Vestals Virgins? Or the Chastity of Women and the Safety of the Roman State." En *The American Journal of Philology*, 125, 4, p. 567.

arder permanentemente (*Cic. De legibus*, 2. 20: “*Virgines que Vestales in urbe custodiunt ignem foci publici sempiternum*”).

Las Vestales eran mujeres seleccionadas desde niñas entre las más inteligentes y hermosas descendientes de las familias patricias, las que eran consagradas a la divinidad a la que servían. Durante los años en los que se comprometían al servicio de la diosa, debían ser perfectas físicamente y permanecer vírgenes⁹⁹ para poder estudiar los textos sagrados y observar correctamente los rituales. La violación del voto de castidad era castigada con la muerte.¹⁰⁰ Posteriormente, podían dejar el servicio cuando se hacían mayores.¹⁰¹

En la medida que las Vestales eran mujeres extraordinarias por su participación en el culto público y por simbolizar a la ciudad de Roma, ellas estaban excluidas de someterse a la potestad de un hombre: como habían salido de su familia, no estaban bajo la *patria potestas* de un *paterfamilias* y el *Pontifex Maximus* podía castigarlas por ofensas menores, pero no ejercía ni *potestas* ni tutela sobre ellas.¹⁰² Ello se expresó en la Ley de las XII Tablas, en las que se afirmó que las Vestales no estaban sujetas a la tutela de las mujeres (*Tab. V.1: “... exceptis virginibus Vestalibus, quas [...] liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII Tabularum cautum est”*). Gayo también lo mencionó en sus Instituciones (*Gai. 1. 145*).

Las Vestales llegaron a tener algunas funciones jurídicas importantes como la custodia de los testamentos. Durante la confrontación entre Marco Antonio y Octavio en el siglo I a. C., este último sustrajo el testamento del primero de su custodia y la lectura de su contenido causó rechazo entre los romanos (Dion Casio, *Historia Romana*, 50. 3. 3-4). Asimismo, Suetonio señaló que la presencia de una Vestal protegía a una persona y, con ello, evitaba que se produjeran agresiones contra ésta. Al respecto, nos presentó el siguiente suceso: “Viese

⁹⁹ La virginidad de las Vestales fue materia de discusión y cuestionamiento por autores cristianos como San Agustín, San Ambrosio y Prudencio. Véase: Undheim, S. *The Wise...*, cit., p. 383 ss.

¹⁰⁰ Existía una diferencia entre la virginidad exigida a las Vestales y la pureza sexual, según señala Parker: “It is true one needed to be sexually pure to perform many rites in both Greek and Roman religion, but sexual purity and virginity are not identical, and Plutarch (*Numa* 9.5...) pointed out that virginity is not everywhere required or indeed even the norm.” Parker, H. N. *Why Were...*, cit., p. 566.

¹⁰¹ Las Vestales tenían un tiempo limitado de servicio. Cuando envejecían, podían poner fin a su sacerdocio y virginidad. Como obtenían beneficios incluso económicos, San Ambrosio decía que vendían su virginidad y no estaban convencidas de ofrecerla libre y voluntariamente como las vírgenes cristianas. Véase: Undheim, S. *The Wise...*, cit., p. 489.

¹⁰² Parker, H. N. *Why Were...*, cit., p. 573.

asimismo una Claudia, sacerdotisa de Vesta, montar en el carro de su hermano, que iba en triunfo a pesar del pueblo, y acompañarle de este modo hasta el Capitolio, con objeto de que los tribunos nada pudieran contra él” (Suetonio, *Vitae Caesarum, Tiberius*. 2). La función y rol prominente de las Vestales en la religión romana se mantuvo hasta finales del siglo IV d. C.¹⁰³

Las mujeres también participaron en otros importantes cultos romanos. La *flaminica Dialis* fue la cónyuge del *flamen Dialis*, quien era sacerdote de Júpiter. A su vez, ella era considerada sacerdotisa de Júpiter, usaba una vestimenta de colores vivos y tenía una situación jurídica especial, como lo podemos apreciar en la siguiente cita de las Instituciones de Gayo:

Gai. 1. 136: “... la sacerdotisa de Júpiter, un senadoconsulto informado por Máximo y Tuberón ordena que ésta se considere en poder marital únicamente a los efectos de la religión, pero respecto a lo demás sea tenida como si no hubiese entrado nunca en poder marital...”¹⁰⁴

Lo antes mencionado expresa una interesante excepción respecto al ejercicio del poder marital del marido: cuando la *flaminica Dialis* contraía justas nupcias, solamente estaba sometida al poder marital (*manus*) de su marido con relación a la religión y respecto a las cosas sagradas (*sacra*), ya que lo ayudaba en la realización de algunos ritos. Para lo demás, se entendía que no estaba sujeta a la *manus*.¹⁰⁵ Además, cuando algunas de estas sacerdotisas realizaron obras piadosas, fueron reconocidas y celebradas por sus comunidades porque “se dedicaban al sacerdocio en las provincia como *flaminicae*, a veces casadas con el *flamen dialis* y quisieron dejar su huella en sus ciudades como muestra de *pietas*”¹⁰⁶ y sus obras fueron recordadas siempre. De esta manera, las *flaminicae* no solamente tenían una función religiosa y ejercían actos piadosos. Su situación familiar y jurídica era diferente y privilegiada frente a las demás mujeres casadas.

Como se mencionó en el punto anterior, hubo cultos exclusivamente femeninos como los misterios de la Buena Diosa (*Bona Dea*) en cuyos ritos los hombres estaban excluidos de participar.¹⁰⁷

¹⁰³ Undheim, S. *The Wise...*, cit., p. 385.

¹⁰⁴ *Gai*. 1.136: “... *flaminica Diali senatus consulto ex relatione Maximi et Tiberonis cautum est, ut haec quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad ceteras causas proinde habeatur, atque si in manum non conuenisset...*”

¹⁰⁵ Al respecto, véase el comentario de Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 196.

¹⁰⁶ López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 22.

¹⁰⁷ Plutarco. *Vidas...*, cit., Tomo IV, *Cicerón*, p. 54.

Además de los cultos públicos antes mencionados, la mujer romana participó en los ritos de la religión doméstica aunque el rol sacerdotal principal lo tuvo el *paterfamilias*.¹⁰⁸ Asimismo, la ciudadana romana participó en los diversos cultos que se dieron en Roma a lo largo de los siglos.

Finalmente, los cambios religiosos tuvieron un impacto en la sociedad, en especial con el cristianismo, donde la mujer alcanzó un rol más relevante. Muchos hombres consideraban que las cristianas actuaban de una manera negativa ya que se alejaban de los valores romanos deseables en una mujer: no eran calladas ni sumisas, proclamaban su fe públicamente y con una actitud que desafiaba a las autoridades romanas. En consecuencia, las mártires cristianas en Roma sufrieron cruentos castigos que buscaban no solo destruir sus cuerpos, sino doblegar su voluntad.¹⁰⁹

Cuando el cristianismo fue aceptado y después se convirtió en la religión oficial de Roma, las mujeres creyentes y, en especial, las vírgenes cristianas¹¹⁰ fueron consideradas modelos a seguir. Como ejemplo, tenemos a Flavia Julia Helena (conocida como Helena), cónyuge del emperador Constancio I (conocido como Constancio Cloro) y madre del emperador Constantino I llamado El Grande (*Vida de Constantino* III. 43. 1).¹¹¹ Ella era cristiana, piadosa y muy devota, por lo que buscó que su hijo sea también cristiano. Sobre ella, Eusebio de Cesarea afirmó lo siguiente: “Esta mujer había decidido rendir a Dios, rey universal, el proficuo servicio de un piadoso afecto, y pensó que debía, entre súplicas, dar las gracias por el hijo, tan magno emperador, y por los hijos de éste...” (*Vida de Constantino* III. 42. 1). A lo largo de su vida,

¹⁰⁸ Fustel de Coulanges, N. D. (1968). *La ciudad antigua*. Traducción de Alberto Fano. Madrid: Edaf, p. 40 ss.

¹⁰⁹ “En cada nueva comparecencia ante el magistrado, las mártires se nos describen muy alejadas de aquel ideal romano de mujer callada, discreta y sumisa; además de tener ideas propias, las expresan adoptando un talante de superioridad que le dan un marcado aire de insolencia (...) el procónsul Anulino define a Crispina como firme y despreciadora y se pregunta por qué tiene que soportar a aquella impía cristiana...” Pedregal, A. (2000). *Las Mártires Cristianas: Género, violencia y dominación del cuerpo femenino*. En *Studia Historica: Historia antigua*, 18 (Género, dominación y conflicto: la mujer en el mundo antiguo), p 284. Véase también: Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 198.

¹¹⁰ Hay una clara contraposición entre las vírgenes cristianas y las Vestales que se realiza en los distintos textos de escritores cristianos romanos. Al respecto, véase Undheim, S. *The Wise...*, cit., p. 383 y ss.

¹¹¹ *Vida de Constantino* III. 43. 1: “... la augusta Helena, madre religiosísima de un religiosísimo emperador...” Eusebio de Cesarea (1994). *Vida de Constantino*. Introducción, traducción y notas de Martín Gurruchaga. Madrid: Gredos.

Helena se comportó de manera honesta y ejemplar. Además, tuvo una clara influencia en el gobierno de su hijo Constantino quien, a su muerte, le rindió un homenaje especial y acuñó monedas de oro con su efigie (*Vida de Constantino* III. 47. 2).¹¹² Por su parte, la emperatriz Teodora participó extensamente en las discusiones religiosas que se dieron durante el reinado de Justiniano I.

De esta manera, se puede apreciar que la mujer tuvo una participación importante en los cultos públicos en Roma y, por ello, tuvo una presencia constante y relevante en el ámbito religioso.

V. En el ámbito político

La mujer fue considerada ciudadana romana (D. 1. 6. 4) aunque no se le reconoció participación en el ámbito político. Debe tenerse en cuenta que ser ciudadana de Roma significaba que ella tenía un vínculo de pertenencia a la ciudad, pero no conllevaba tener ni ejercer derechos políticos. Para Hespanha, el fundamento era su menor dignidad y debilidad, por lo que estarían incapacitadas para ejercer las funciones de mando.¹¹³

A lo largo de la historia, la mujer no votó ni participó en las asambleas populares, no fue parte del Senado, no pudo ser elegida para desempeñar una función pública ni ejerció cargo público.¹¹⁴ Estas prohibiciones se mantuvieron a lo largo del tiempo y fueron mencionadas expresamente en D. 50. 17. pr.: “Las mujeres están excluidas de todos los oficios civiles o públicos; y por esto

¹¹² Eusebio de Cesarea relató que la emperatriz Elena tuvo una gran influencia en el gobierno del emperador Constantino I y logró que éste aceptara al Cristianismo. Sus palabras sobre la muerte de Elena expresan claramente cuál fue su papel, así como el respeto y reconocimiento que obtuvo de su hijo y de los romanos: *Vida de Constantino* III. 47. 2: “Así murió la madre del emperador, una mujer merecedora de imborrable recuerdo ya por la piedad de sus obras como por el hijo que engendró, egregio y fuera de lo común, al cual es justo proclamar bienaventurado, entre todos los motivos, por su pleitesía hacia quien le dio el ser: con su influencia hizo, a quien antes no lo era, una creyente en Dios tan fiel, que parecía haber sido desde el principio directamente instruida por nuestro común salvador, y la agasajó con tan mayestáticas prerrogativas, que en todas las provincias y hasta por las mismas tropas fue proclamada augusta y emperatriz, y fue acuñada su efigie en monedas de oro”.

¹¹³ Hespanha, A. M. *El estatuto*, cit., p. 75 ss.

¹¹⁴ López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 12; Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 199. Para Bengoochea Jove, esta discriminación de las mujeres en lo político es consecuencia de la estructura patriarcal de la sociedad y del poder. Véase: Bengoochea Jove, M. C. *La historia...*, cit., p. 254.

no pueden ser jueces, ni desempeñar la magistratura, ni postular, ni intervenir por otro, ni ser procuradores.”¹¹⁵

En la medida que no podían ejercer oficios civiles o públicos, las mujeres no participaron en la toma de decisiones públicas, tampoco en la elaboración de leyes que eran mandato (*iussum*) del pueblo romano. Como afirmó Tito Livio, las mujeres romanas tampoco accedieron a las magistraturas ni les fueron otorgados triunfos por su participación en la guerra. En consecuencia, ellas solamente podían tener sus vestidos y adornos como sus insignias y distintivos personales (Tito Livio, *Ab Urbe condita*, XXXIV. 7. 5: “*non magistratus nec sacerdotia nec triumphi nec insignia nec dona aut spolia bellica iis contingere possunt: munditiae et ornatus et cultus, haec feminarum insignia sunt, his gaudent et gloriantur, hunc mundum muliebrem appellarunt maiores nostri*”). Finalmente, en las fuentes no se encuentran casos en los que las mujeres hayan desempeñado una función pública, como una magistratura, o hayan participado en los comicios. No obstante su exclusión de la esfera política, ellas se encontraban sometidas al ordenamiento jurídico romano, que establecía qué mecanismos de protección se les aplicaba, cuáles eran sus obligaciones y también en qué supuestos incurrían en responsabilidad.¹¹⁶

El hecho de no tener derechos políticos no impidió que muchas mujeres romanas tuvieran participación e influencia en el espacio público,¹¹⁷ es decir, fuera de las paredes de la *domus* familiar.

¹¹⁵ D. 50. 17. pr.: “*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*”.

¹¹⁶ “... las mujeres, nunca tuvieron posibilidad de acudir a los comicios, ya que estos se desarrollaban en el ámbito público. Las mujeres, respecto a los derechos políticos, sin duda, no tenían acceso al voto ni por tanto al poder. Estaban sometidas a la ley, pero no intervenían en ella. Son llamadas ciudadanas pero carecían del *ius suffragii*. La voluntad de ellas no cuenta porque está viciada por su debilidad congénita. Esta *infirmitas sexus* o *levitas animi* no evita que las mujeres estén sometidas a las leyes ni que sean responsables penalmente”. Domínguez, M. (2018). “Mujer romana comerciante: la negociatrix romana. Dependencia o autonomía económica”. En Álvarez M. B. (comp.). *Actas del IV Congreso de Principios Generales y Derecho Romano* 2017. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 119.

¹¹⁷ “La privación de derechos político debió, pues, suplirse con la influencia en la vida pública que fue realmente importante en las damas de la familia imperial y la aristocracia, tanto en Roma como en las provincias. Realmente, la participación de las mujeres adineradas en la esfera pública se produce desde el estrecho margen de la actuación que les concediera el Estado”. López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 22.

Un interesante ejemplo de la participación de las mujeres romanas en cuestiones políticas durante la República ha sido mencionado por Tito Livio. En el año 488 a. C., Coroliano quiso invadir Roma con los volscos. Frente a esta amenaza contra la ciudad, las matronas romanas se dirigieron a Veturia, madre de Coroliano, y a la cónyuge de éste, Volumnia, para solicitarles que encabezaran un grupo de mujeres que fueran a hablar con él y, a través del diálogo, convencerlo de no atacar a la ciudad: “*Tum matronae ad Veturiam matrem Coriolani Volumniamque uxorem frequentes coeunt. Id publicum consilium an muliebris timor fuerit, parum inuenio...*” (Tito Livio, *Ab Urbe condita*, II. 40. 5). Esta acción no fue organizada ni coordinada por las autoridades públicas romanas; ésta fue una iniciativa femenina. El resultado fue el siguiente: Coroliano desistió y no ingresó en la ciudad. De este modo, ellas contribuyeron a salvar a Roma. Como se puede apreciar, aunque no tenían poder político, actuaron de manera eficaz frente a la amenaza al *populus romanus*. En consecuencia, evitaron que Roma cayera en manos de Coroliano y de sus enemigos. Con el fin de rendir homenaje a estas mujeres y para recordar este hecho, se construyó un templo.¹¹⁸

Otro ejemplo de la participación de las mujeres en el ámbito público lo tenemos en el siglo III a. C.: las matronas romanas se presentaron en el foro para pedir la derogación de la *lex Oppiasuntuaria* que fue promulgada durante la Segunda Guerra Púnica (Tito Livio, *Ab Urbe condita*, XXXIV.1).¹¹⁹ La *lex Oppia* (215 a. C.) tuvo como objetivo limitar la exteriorización y ostentación de las riquezas por parte de las mujeres, de modo que ellas mantengan una actitud modesta cuando se presentaban en público. Por ello, ellas no podían llevar más de media onza de oro en joyas y otros adornos. Estaban prohibidas de usar vestidos con colores llamativos y debían ser transportadas en litera, entre otros límites.¹²⁰ Estas limitaciones y prohibiciones no se aplicaron a los hombres. Ante esta situación, ellas alzaron su voz de protesta en el Foro frente a los ciudadanos romanos.¹²¹ La presión de las mujeres hizo que sus reclamos fueran tomados en consideración por varios líderes políticos romanos quienes

¹¹⁸ Tito Livio, *Ab Urbe condita*, II.40.5. Véase también el comentario de González Gutiérrez, P. *La Voz...*, cit., p. 23.

¹¹⁹ Tito Livio, *Ab urbe condita*, XXXIV.1: “*Matronae nulla nec auctoritate nec verecundia nec imperio virorum contineri limine poterant, omnes vias urbis aditusque in forum obsidebant, viros descendentes ad forum orantes ut florente re publica, crescente in dies privata omnium fortuna matronis quoque pristinum ornatum reddi paterentur. Augebatur haec frequentia mulierum in dies...*”

¹²⁰ Domínguez, M. *La mulier...*, cit., p. 604.

¹²¹ González Gutiérrez, P. *La Voz...*, cit., p. 23 y ss.

discutieron la posibilidad de derogar esta ley. Luego de intercambios de posiciones, finalmente las mujeres lograron que, a través de la *lex Valeria Fundania*, se derogase la *lex Oppiasuntuaria*.¹²²

Si bien no se van a presentar todos los acontecimientos históricos en los que las mujeres expresaron su posición política en el espacio público, hay uno que resulta importante resaltar: la ciudadana romana Hortensia, hija del orador y político Quinto Hortensio Hórtalo, defendió la posición de las mujeres en el Foro.¹²³ Esta actuación se dio frente a la aplicación de un impuesto especial a las mujeres. En el año 42 a. C., los triunviros Marco Antonio, Octavio y Lépido promulgaron un edicto por el cual aproximadamente mil cuatrocientas mujeres (que eran consideradas las más ricas de Roma) estaban obligadas a dar una contribución económica con el fin de financiar la guerra contra los asesinos de Julio César. En clara oposición a esta injusta medida que las afectaba, las mujeres salieron de sus casas y protestaron en los espacios públicos. En nombre de las romanas, Hortensia pronunció un discurso en el Foro (Apiano, *Bell. civ.* IV. 32) en el que cuestionó que se les solicitara a las mujeres sacrificar su patrimonio para contribuir a los costos de una guerra civil fratricida que solamente enfrentaría a los ciudadanos romanos. No obstante, afirmó que ellas estaban dispuestas a defender a Roma y a contribuir en caso se tratara de una guerra contra sus enemigos.¹²⁴ Si bien los triunviros se mostraron contrariados por la participación política de las mujeres y, en particular, el discurso de Hortensia, redujeron el impuesto a las mujeres y lo aplicaron también a los hombres.

Los hechos anteriores, que se encuentran en las fuentes romanas, muestran que las mujeres romanas tuvieron una interesante actividad política y sus acciones tuvieron efectos en asuntos públicos.

Finalmente, es necesario recordar los nombres de algunas mujeres que tuvieron influencia política en la historia de Roma.¹²⁵ Al respecto, no se puede negar el destacado papel que desempeñaron Livia durante el Principado de su cónyuge Octavio (conocido como César Augusto), Julia Mesa en la ascensión al poder de su nieto el emperador Marco Aurelio Antonino Augusto (llamado Heliogábalo) y la emperatriz Teodora durante el reinado de su cónyuge Justiniano I.

¹²² Domínguez M. *La mulier...*, cit., p. 604; López López, A. (1992). "Hortensia primera oradora romana." En *Florentia Iliberritana. Revista de estudios de antigüedad clásica*, 3, p. 319.

¹²³ Sobre el discurso de Hortensia y su impacto político, véase: González Gutiérrez, P. *La Voz...*, cit., p. 23; López López, A. *Hortensia...*, cit., p. 322 y ss.

¹²⁴ López López, A. *Hortensia...*, cit., p. 323 y ss.; Beard, M. *Mujeres...*, cit., p. 24 ss.

¹²⁵ El acceso a algunos políticos influyentes se daba a partir de la cercanía o amistad con una mujer, lo cual le daba poder. Véase: Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 200.

VI. En el ámbito jurídico

Inicialmente, se puede afirmar que las mujeres y, en particular, las ciudadanas tenían una limitada participación en el mundo jurídico romano y su tratamiento era desigual respecto a los hombres.

Pese a su situación de subordinación, hemos visto que se admitió que la mujer casada (*uxor*) accediera a la dignidad, rango y honor de su marido.¹²⁶ Al respecto, en el Digesto se estableció lo siguiente:

D. 1. 9. 8: “Las mujeres casadas con personas esclarecidísimas se comprenden en la denominación de personas esclarecidísimas. No se consideran con el título de mujeres esclarecidísimas las hijas de los Senadores, salvo las que se han casado con varones esclarecidísimos; porque los maridos dan a las mujeres la dignidad de esclarecidísimas pero los ascendientes solo hasta que ellas se hubieren unido en nupcias con un plebeyo. Así pues la mujer será esclarecidísima mientras que está casada con un Senador, o varón esclarecidísimo, o mientras separada de él no se casó con otro de inferior dignidad”.¹²⁷

En esta cita del Digesto, se precisó cómo se otorgaba el rango a las mujeres y éste dependía de su situación en la familia. Así, las mujeres tuvieron el rango correspondiente a su *paterfamilias* mientras no contrajeran justas nupcias. Cuando ellas se casaban, tenían el rango de su marido y lo mantenían mientras duraba el matrimonio. En el caso de que enviudaran o se divorciaran, mantenían el rango correspondiente mientras no se vuelvan a casar porque, en caso de contraer nupcias, ellas tendrían el rango correspondiente a su segundo cónyuge.

No obstante estar relacionada al rango de su *paterfamilias* o marido, la situación jurídica de la mujer fue mejorando paulatinamente en el derecho romano a través de los siglos. Finalmente, llegamos a lo afirmado en D. 1. 5. 9: “En muchos artículos de nuestro derecho es peor la condición de las hembras, que la de los varones” (“*In multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masularum*”). Una primera lectura de esta regla podría llevarnos a considerar que, en efecto, la mujer era tratada como un ser inferior, incapaz

¹²⁷ D. 1. 9. 8: “*Feminae nuptae clarissimis personis clarissimarum personarum appellatione continentur. Clarissimarum feminarum nomine Senatorum filiae, nisi quae viros clarissimos sortitae sunt, non habentur; feminis enim dignitatem clarissimam mariti tribuunt, parentes vero donec plebeii nuptis fuerint copulatae. Tandiu igitur clarissima femina erit, quamdiu Senatori nupta est, vel clarissimo, aut separata ab eo alii inferioris dignitatis non nupsit!*” Si bien el término utilizado en la cita del Digesto es *femina*, que se traduce como hembra, en la traducción al español se ha empleado la palabra mujer.

de acceder a derechos y contraer obligaciones. Sin embargo, se podría llegar a otras conclusiones. En definitiva, no se establece la igualdad jurídica entre hombres y mujeres en D. 1. 5. 9. Una interpretación literal de la cita establecería que ella tenía un peor tratamiento que los hombres en el sistema jurídico romano. A pesar de ello, no siempre tenía un tratamiento discriminado ya que es importante tener en cuenta que hubo algunas disposiciones donde ella no tuvo peor condición y se constató que la mujer fue tratada de manera similar al varón en varias disposiciones del *Corpus Iuris Civilis*.

A continuación, se presentará cuál era la justificación para darle un tratamiento jurídico discriminatorio a la mujer en Roma y se analizarán también algunos supuestos en los que ella fue asumiendo una mayor participación jurídica. Sin embargo, no se estudiará lo referente a las obligaciones que contrajeron ni su responsabilidad penal¹²⁸ en este artículo.

a) La justificación de la desigualdad de trato: la debilidad de la mujer

Los juristas romanos justificaron el trato desigual dado a la mujer en su presunta debilidad. Por ello, asumieron que ella era inferior frente al hombre y esto se expresó en su sistema jurídico.

Como hemos visto al revisar los términos en latín referidos a la mujer, ella era considerada un ser débil y vulnerable. En consecuencia, era incapaz jurídicamente y requería la protección masculina. Al respecto, recordemos que, para referirse a ella, se emplearon las siguientes palabras: *infirmitas*, porque le faltaba firmeza dada su condición femenina (*infirmitas sexus*); *imbecilitas*, que aludía a su debilidad de espíritu (*imbecillitas mentis*) debido a su sexo

¹²⁸ La responsabilidad penal de la mujer en el derecho romano es un tema interesante de investigación. El crimen de adulterio fue severamente sancionado por Augusto (D. 48. 5. 1) y varias mujeres castigadas pertenecieron a la familia Julio-Claudia: una de ellas fue Julia, la adúltera hija de Augusto, quien fue relegada a la isla Pandataria (Suetonio, *Vitae Caesarum, Augustus*, 65). Posteriormente, Aulio Gelio sostuvo que el marido debía sancionar con la muerte a la adúltera en *Noctes Atticae*, X. 23: "... El marido tiene derecho a matar a su mujer sorprendida en flagrante delito de adulterio..." Posteriormente, se continuó sancionando por adulterio como podemos apreciar en D. 48. 5. 2 y ss. y en I. 4. 18. 4. Sobre el crimen de adulterio y los cambios posteriores, véase: Venturini, C. (2003). "Innovaciones posclásicas en materia de *accusatio adulterio*." Traducción de M. P. Yrigoyen Troconis. En *Nova Tellus. Anuario del Centro de Estudios Clásicos*, 21, 1, p. 121 y ss.

(*imbecillitas sexus*); y la *fragilitas*, que subrayaba a su debilidad que la hacía vulnerable en un mundo de hombres.

Para los juristas romanos, su debilidad de espíritu (*imbecillitas mentis*) llevaba a considerarlas seres pasivos y minusvalorados porque eran relativamente imperfectas en comparación con los hombres (*infirmitas sexus*).¹²⁹

Dado que los juristas opinaron constantemente sobre la existencia de una debilidad femenina, encontraremos esta justificación en las fuentes jurídicas romanas. Al respecto, en las Instituciones de Gayo se sustentó el tratamiento jurídico discriminatorio dado a las mujeres en su *levitas*, la *fragilitas animi*, la *imbecillitas mentis* o la *infirmitas consilii* (*Gai.* 1. 114 y 1. 190).¹³⁰ Por ello, las mujeres eran consideradas distintas, débiles e inferiores a los hombres.

Posteriormente, inclusive se coloca la debilidad de su sexo como justificación para la protección de las mujeres en algunos supuestos en el Digesto, como se puede apreciar en D. 22. 6. 9. pr.: “Lo cual también se dice en algunos casos de las mujeres, a causa de la debilidad de su sexo, y por ello, así como no hay delito sino ignorancia del derecho, no quedan perjudicadas” (“... *quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem...*”).

No obstante esta justificación esgrimida por los juristas y recogida en las fuentes romanas, encontraremos que se produjo una mejora en la situación jurídica de la mujer a lo largo de los siglos.

b) Algunas mejoras en cuanto a la situación jurídica de la mujer

Si bien la justificación del trato desigual a la mujer se basaba en su debilidad, la evolución histórica y social romana llevó a cambios que tuvieron un impacto en el sistema jurídico. Ello permitió una mejora paulatina en la situación de la mujer que se ve confirmada en el *Corpus Iuris Civilis*.

Se debe recordar que en la familia, se dieron modificaciones que redundaron en mayores derechos para la mujer. En primer lugar, se admitió que la mujer fuera *sui iuris*, sin importar la edad que tuviera, al igual de lo que sucedía con los hombres. Esto se afirmó en D. 1. 6. 4: “Son padres de familia, los que son de su propia potestad, ya púberes, ya impúberes; y del mismo modo las madres de familia” (“*Patresfamiliarum sunt, qui sunt suae potestatis, sive púberes, sive impúberes; simili modo matrefamiliarum*”). De este modo, la mujer llegaba a ser jurídicamente independiente, ya que no estaba sometida a un

¹²⁹ Hespanha, A. M. *El estatuto...*, cit., p. 72; Irigoyen Troconis, M. P., *Literatos...*, cit., p. 159; Thomas, Y. *La diferencia*, cit., p. 115.

¹³⁰ López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 12.

poder (*potestas*) ejercido por el *paterfamilias* sobre ella. En segundo lugar, la mujer casada (*uxor*) por justas nupcias no solía estar bajo la potestad marital en la medida que se dejó de lado la *conventio in manum*,¹³¹ lo cual redundó en una mayor independencia femenina. En tercer lugar, se admitió excepcionalmente que la mujer pueda adoptar (*adoptio*)¹³² en algunos supuestos. Por ejemplo, cuando había perdido sus hijos en la guerra, y siempre que cuente con el permiso del emperador (I. 1. 11. 10). De este modo, ella también pudo llegar a ser adoptante en el derecho romano, aunque no accedió a la adopción de manera amplia, en la medida que no podría adrogar a un *sui iuris* ni adoptar a un *alieni iuris* por cualquier motivo, como sí podría hacerlo un hombre.

Otro ejemplo de la progresiva eliminación de situaciones más desfavorables para la mujer lo tenemos en la derogación del Senadoconsulto Claudiano (I. 3. 12. 1), que estuvo aún vigente en las Instituciones de Gayo.

Gai. 1. 160: "... también las mujeres, las cuales, en virtud del Senadoconsulto Claudiano, si se unen con esclavos contra la voluntad y amonestación de los dueños, se hacen esclavas de éstos."¹³³

Este senadoconsulto establecía como pena la *capitis deminutio máxima* y la pérdida de su patrimonio para la mujer libre que mantenía un vínculo afectivo y sexual con un esclavo ajeno, si es que su amo no aceptaba dicha relación. Se partía del supuesto que la mujer no era capaz de frenar sus pasiones y debía,

¹³¹ Del Castillo asume la posición de Volterra por la que no existieron dos tipos de matrimonio en el derecho romano. El matrimonio fue un acto que tenía como objetivo la unión de los cónyuges para la procreación y educación de los hijos; no tenía incorporado el poder marital. Por su parte, la *conventio in manum* tenía como finalidad permitir el ingreso de una mujer casada a la familia del marido y la colocaba bajo la autoridad del *paterfamilias*. Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 193 y ss. Para conocerlos cambios en la legislación matrimonial, véase: Maldonado de Lizalde, E. (2002). "*Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*. Leyes de Familia del Emperador César Augusto". En *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Vol. XIV, p. 535 y ss.

¹³² En cuanto a la adopción, ésta fue entendida como un mecanismo de ingreso de personas a una familia. Desde la fundación de la ciudad, el *paterfamilias* era el llamado a llevarla a cabo y podían ser adoptados *sui iuris* o *alieni iuris*. En el primer caso, se llamaba *adrogatio* y, en el segundo caso, *adoptio*, lo cual está recogido en *Gai.* 1. 98-99 e I. 1. 11. 2. Para profundizar el estudio sobre la adopción en el derecho romano, véase: Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 185; Rodríguez Ennes, L. (2009). "La Adopción Romana: Continuidad y Discontinuidad de un Modelo". En *Dereito*, 18, 1, p. 115 y ss.

¹³³ *Gai.* 1.160: "*ítem feminae, quae ex senatus consulto Claudiano ancillae fiunt eorum dominorum, quibus inuitis et denuntiantibus cum servis eorum coierint*".

por ello, ser castigada severamente y perder su libertad. Es interesante precisar que el Senadoconsulto Claudiano solamente se aplicaba a las mujeres libres, ya que un hombre libre que mantenía una relación sexual con una esclava ajena no estaba sujeto a tal limitación ni sanción. Resulta muy positivo que, como se dice en I. 3. 12. 1, esta injusta sanción fue considerada por Justiniano como “indigna de nuestro siglo” y lo dispuesto por este senadoconsulto fue derogado en el *Corpus Iuris Civilis*.

Si bien lo anteriormente mencionado incidió en la paulatina mejora en la situación jurídica de la mujer, no fueron los únicos cambios en el derecho romano. En general, se puede afirmar que en el *Corpus Iuris Civiles* se encuentran más disposiciones en las que se brinda un mejor tratamiento jurídico de la mujer.¹³⁴

En atención a los alcances de este artículo, solamente se analizarán algunos supuestos en los que el tratamiento de la mujer mejoró para ilustrar los cambios producidos en el derecho romano.

b). 1. La eliminación de la tutela perpetua de las mujeres

Desde la fundación de Roma, encontramos que la mujer desempeñó un papel en la esfera privada, dentro de su familia. La mujer era dependiente y *alieni iuris*. Se encontraba subordinada a su *paterfamilias*, un hombre quien tenía derecho de vida y muerte sobre ella como expresión de dos poderes: la *patria potestas* (si era una descendiente habida de justas nupcias) y la *manus* (potestad marital sobre las mujeres casadas por justas nupcias) según correspondiese.¹³⁵ Debe tenerse en cuenta que los hijos e hijas sometidos a la patria potestad del *paterfamilias* estaban subordinados a éste, mientras se mantuviera este poder sobre ellos y ellas. Sin embargo, no se encontraban en un plano de igualdad, ya que los hombres podían desarrollar actividades (como contratar, ser soldado o ejercer una función pública) mientras que las mujeres estaban excluidas de realizarlas.

La discriminación de la mujer se puede apreciar con mucha claridad al referirnos a la tutela perpetua que recaía sobre ella.¹³⁶ En los casos en que ella no dependiera jurídicamente de alguien y alcanzara la mayoría de edad, la Ley de las XII Tablas estableció como regla general que la mujer seguía bajo tutela

¹³⁴ Beaucamp, J. *Le vocabulaire...*, cit., p. 504.

¹³⁵ López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 13.

¹³⁶ La tutela perpetua se basaba en la debilidad femenina. Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 201.

(*Tab. V. 1: "Veteres... voluerunt fēminas, etiamsi perfectae aetatis sint... in tutela esse..."*). De este modo, se asumía que la mujer era siempre una menor de edad, ya que era considerada incapaz. Por ello, estaba sometida permanentemente a la tutela, sin importar la edad que tuviera.¹³⁷ Posteriormente, Cicerón enfatizó que la debilidad del juicio (*infirmiorem consilii*) de las mujeres era la justificación por la que los mayores decidieron someterlas a esta tutela perpetua y darles un tutor especial (*Cic. Oratio Pro L. Murena*, XII. 27: "*Mulieres omnis propter infirmiorem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum quae potestate mulierum continerentur*").¹³⁸

No obstante la presunta debilidad femenina, las mujeres actuaron cada vez más fuera de los muros de la *domus* desde finales de la República. Esta actividad va a generar un impacto importante en el mundo jurídico romano. A pesar de ello, la mujer siguió sujeta a un tutor pese a alcanzar la mayoría de edad, ya que las normas sobre la tutela perpetua siguieron vigentes. Así, la encontramos en las Instituciones de Gayo (siglo II d. C.) donde se señalaba como fundamentación la ligereza de ánimo (*animi levitatem*) femenina: "Los antiguos quisieron que las mujeres, a causa de su ligereza de ánimo y aunque fuesen de edad adulta, estuviesen bajo tutela" (*Gai. 1. 144*).

A pesar de la vigencia de las normas sobre la tutela perpetua de las mujeres a través del tiempo, hemos visto que existió una excepción a esta regla general, ya que las Vestales no se encontraban sujetas a esta tutela permanente debido a que desempeñaban sus funciones religiosas públicas. Ello está expresamente establecido en la Ley de las XII Tablas (*Tab. V. 1: "... exceptis virginibus Vestalibus, quas [...] liberar esse voluerunt: itaque etiam lege XII Tabularum cautum est*") y luego se encuentra norma similar en *Gai. 1. 145*.

Al reflexionar sobre esta tutela perpetua, resulta claro que los criterios y fundamentos empleados¹³⁹ por los juristas romanos para hacer que las mujeres estén sometidas a la tutela de manera permanente no resultaban consistentes ni justos. Tampoco reflejaban lo que sucedía en la realidad, donde la mujer (en especial, la *sui iuris*) tuvo cada vez más una mayor participación jurídica en la medida que pudo disponer de sus bienes y administrar su patrimonio.¹⁴⁰

Aunque la tutela perpetua de las mujeres se mantuvo por muchos siglos, finalmente fue derogada, como podemos constatar en las Instituciones de Justiniano, cuando se estableció en I. 1. 22. pr.: "Los pupilos y las pupilas, cuando

¹³⁷ González Gutiérrez, P. *La Voz...*, cit., p. 15.

¹³⁸ *Cic. Oratio Pro L. Murena*, XII. 27: Menéndez Pelayo, M. y otros (1946). *Obras Completas de Marco Tulio Cicerón*. Buenos Aires: Ediciones Anaconda, Tomo V, p. 399.

¹³⁹ López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 14.

¹⁴⁰ Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 202.

entran en la pubertad, salen de la tutela”. En consecuencia, cuando las mujeres *sui iuris* cumplían los doce años, dejaban de estar bajo la autoridad del tutor y terminaba indefectiblemente la tutela sobre ellas.

La desaparición de la tutela perpetua de las mujeres resulta coherente y consistente con los demás cambios planteados en el *Corpus Iuris Civilis*. Uno de ellos es el significado más técnico de *materfamilias* que encontramos en D. 1. 6. 4: era la ciudadana romana *sui iuris*, sea impúber o púber, que no estaba bajo el poder de un *paterfamilias*.

b). 2. La mujer en el ámbito patrimonial

Según Bengoochea Jove, la mujer romana logró un mayor grado de libertad y más derechos desde la República en Roma, ya que pudo disponer de sus bienes, lo que la diferencia del tratamiento femenino que se daba en otras sociedades de esa época.¹⁴¹ Esta afirmación estaría sustentada históricamente ya que, si bien inicialmente se entendió que las mujeres no tenían un patrimonio propio porque eran parte de una familia romana, ello fue cambiando a lo largo del tiempo.

En el *Corpus Iuris Civilis*, quedó establecido que la mujer podía adquirir, sea *sui iuris* o *alieni iuris* sometida a la patria potestad (I. 2. 9. 1). En este último caso, el cambio fue importante porque las cosas no pasaban al *dominium* de su *paterfamilias*. Las mujeres podían ser herederas (I. 3. 1. 2), hacer testamento, adquirir obligaciones (I. 3. 28. pr.) y celebrar contratos. A continuación, veremos cómo mejoró la situación de la mujer como heredera y en actividades comerciales.

b). 2. 1. Algunas mejoras en la sucesión testamentaria y ab intestato

En primer lugar, quisiera presentar algunos cambios que se produjeron respecto a la situación de la mujer en la sucesión; en especial, como heredera.

La Ley de las XII Tablas se refirió a la sucesión *ab intestato* y a la testamentaria (*Tab. V. 4 y V. 6*, respectivamente) pero no mencionó expresamente a la mujer como heredera. Posteriormente, se dieron cambios en la legislación.

En cuanto a la sucesión testamentaria, Valencia Restrepo ha afirmado que el ciudadano romano tuvo mayor libertad para disponer de su patrimonio a través del testamento a partir del siglo III a. C. Es más, sostuvo que la su-

¹⁴¹ Bengoochea Jove, M. C. *La historia...*, cit., p. 253 y ss.

cesión testamentaria fue más usada que la intestada.¹⁴² En consecuencia, el *paterfamilias* pudo instituir como heredera universal a su hija. No obstante, esta libertad fue limitada por la *lex Voconia de mulierum hereditatibus* (169 a. C.) que prohibió que las mujeres fueran instituidas herederas por testamento por los ciudadanos romanos (quienes estaban inscritos en la primera clase del censo y tenían mayor patrimonio).¹⁴³ Esta prohibición también se aplicaba a cualquier pariente femenina.¹⁴⁴ De esta manera, se trató de restringir la disponibilidad patrimonial de la mujer y someterla económicamente al hombre.¹⁴⁵ Lo establecido por esta ley resultó una limitación injusta contra la mujer, lo cual llevó a que sea rechazada con el correr del tiempo.

En las Instituciones de Gayo, encontramos que se tomó en cuenta a la mujer como heredera. Adicionalmente, se establecieron medidas en caso el *paterfamilias* omitiera instituir como heredera a la hija u otra descendiente mujer en su testamento:

Gai. 2. 124: "... si una persona instituye herederos, por ejemplo, a tres hijos y pasa por alto a una hija, ésta acrece y se hace heredera de una cuarta parte, consiguiendo de este modo lo que habría tenido en caso de haber muerte su padre *ab intestato*; pero si instituye a extraños, y pasa por alto a la hija, ésta acrece y se hace heredera en la mitad. Lo dicho de la hija vale igualmente para el nieto y demás descendientes, tanto de sexo masculino como de sexo femenino."¹⁴⁶

De esta manera, la mujer no fue excluida de ser instituida heredera a través del testamento. Es más, en el caso de que se la excluyera, se le otorgaba el patrimonio que le hubiese correspondido en la sucesión *ab intestato*, la que era una disposición muy justa.

Asimismo, el rechazo frente a la prohibición de la *lex Voconia* llevó a buscar algunas soluciones jurídicas que favorecieran a las mujeres que no podían ser herederas. Una de ellas está en *Gai. 2. 274*: "Así también, la mujer que, por la

¹⁴² Valencia Restrepo, H. (1986). *Derecho Privado Romano*. Bogotá: Editorial Themis, p. 371.

¹⁴³ Irigoyen Troconis, M. P. *Literatos...*, cit., p. 157; Domínguez, M. *La mulier...*, cit., p. 605.

¹⁴⁴ López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 14; Del Castillo, A. *El sistema*, cit., p. 201.

¹⁴⁵ Irigoyen Troconis, M. P. *Literatos...*, cit., p. 157.

¹⁴⁶ *Gai. 2.124*: "... si quis tres uerbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad cresciendo pro quarta parte fit heres et ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset, at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad cresciendo ex dimidia parte fit heres, quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus ceteris liberorum personis seu masculini seu femeniini sexus dicta intellegemus."

lex Voconia, no puede ser instituida heredera del que figura en el censo con una fortuna de cien mil libras puede, sin embargo, adquirir la herencia por fideicomiso”.¹⁴⁷ De este modo, la mujer podía recibir un fideicomiso y tener un patrimonio. Finalmente, se señaló que el hijo, la hija, el nieto y la nieta nacidos del hijo eran herederos suyos y necesarios en I. 1. 19. 2, sin la restricción anterior.

En cuanto a la sucesión intestada, se planteó una cierta igualdad entre los hombres y las mujeres,¹⁴⁸ la que se fue consolidando a través de los siglos. En la Ley de las XII Tablas se estableció que “Si muere intestado quien carece de un ‘heredero suyo’, tenga la herencia el agnado más próximo” (*Tab. V. 4: “Si intestato moritur, cui sus heres nec escit, adgnatus próximos familiam habeto”*).

Posteriormente, se establecieron los supuestos en los que la mujer podría ser heredera legítima:

Gai. 3. 14: “Respecto a las mujeres, hay que distinguir en este punto entre que se herede de ellas o que ellas hereden [bienes] de otros. En efecto, las herencias de las mujeres nos pertenecen por derecho de agnación, lo mismo que las de los varones; en cambio, nuestras herencias no les pertenecen más allá del grado de consanguíneas. Así, pues, la hermana es heredera legítima de su hermano y de su hermana; pero la tía paterna y la sobrina, hija del hermano, no pueden ser herederas legítimas. Por lo demás, en el lugar de hermana tenemos a la madre y a la madrastra, que por haber entrado bajo el poder marital de nuestro padre adquieren los derechos de hija.”¹⁴⁹

Lo mencionado en *Gai. 3. 14* resulta muy interesante porque plantea los siguientes supuestos: en el primero, los hombres heredarían el patrimonio de las mujeres en virtud del derecho de agnación (*agnatio*), que era entendido un vínculo de parentesco del *ius civile*. En el segundo, las mujeres podrían ser herederas en aplicación del derecho de cognación (*cognatio*), que se fundamenta en el vínculo de parentesco por consanguinidad o sangre. Por ello, la hermana fue considerada heredera legítima tanto de su hermano como de su hermana porque eran parientes consanguíneos. En el tercero, se entendió que tanto la madre como la madrastra podrían ser consideradas herederas porque

¹⁴⁷ *Gai. 2. 274*: “*Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*”

¹⁴⁸ Valencia Restrepo, H. *Derecho...*, cit., p. 372.

¹⁴⁹ *Gai. 3. 14*: “... *nostrae uero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent. Itaque soror fratri sororue legitima heres est, amita uero et fratris filia legitima heres esse non potest: sororis autem nobis loco est etiam mater aut nouerca, quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae nacta est.*”

eran consideradas en el lugar de la hija (*filiae loco*); tomaban esa posición en la familia en la medida que su ingreso había sido a través de la *conventio in manum*. En consecuencia, la madre y madrastra que estaban sujetas a la potestad marital, se encontraban subordinadas al paterfamilias como si fuesen sus hijas y, por ese motivo, podían ser herederas. Finalmente, las demás parientes mujeres (como la tía paterna, la sobrina y la hija del hermano) no podían sucederle *ab intestato*.¹⁵⁰

En el *Corpus Iuris Civilis*, la mujer era considerada como heredera suya en la medida que, a la muerte del difunto, se encuentre en su patria potestad. Entre las herederas tenemos a la hija, la nieta habida de un hijo y la bisnieta nacida de un nieto, sin importar si ellas eran descendientes naturales o por adopción (I. 3. 1. 2).

b) 2. 2. La mujer en las actividades comerciales

En segundo lugar, quiero referirme a la posibilidad de realizar actividades comerciales. Si bien el *ius commercii* permitía al ciudadano romano celebrar contratos y realizar diversas transacciones comerciales, poco a poco se amplió a las mujeres ya que las guerras las colocaron de hecho al frente de sus hogares y debieron tomar decisiones en el ámbito patrimonial familiar.¹⁵¹ Posteriormente, gozaron de una mayor autonomía y, en la medida que podían tener bienes propios, sea debido a la dote o por la herencia recibidas, pudieron incluso llegar a tener esclavos y negocios. Se desempeñaron como comerciantes, empresarias, profesionales (médicas, obstetras, peluqueras, tejedoras, entre otras) o como trabajadoras.¹⁵²

Con relación a la actividad comercial femenina, Domínguez señaló que se encontraron en la ciudad de Pompeya y en otros lugares varias inscripciones en epitafios y lápidas conmemorativas que permiten afirmar que las mujeres romanas llevaron a cabo varias actividades económicas. Así, quienes pertenecían a las clases más altas eran prestamistas o gestionaban sus inmuebles; las de baja condición social eran empleadas en molinos; las libertas se dedicaron al comercio y, en consecuencia, vendían bienes de lujo o exóticos como perfumes y vestidos; también habían las empresarias que eran propietarias de talleres donde se fabricaban ladrillos, por ejemplo; otras se dedicaban a brindar servicios de comidas, bebidas, hospedaje y hasta regentaban prostíbulos.¹⁵³

¹⁵⁰ V López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 14.

¹⁵¹ Domínguez, M. *Mujer romana...*, cit., p. 118; López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 22 y ss.

¹⁵² Bengoochea Jove, M. C. *La historia...*, cit., p. 253 ss.; Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 199; Domínguez, M. *Mujer romana...*, cit., p. 124; Irigoyen Troconis, M. P. *Literatos...*, cit., p. 159; López Güeto, A. *Mujer...*, cit., p. 16.

¹⁵³ Domínguez, M. *Mujer romana...*, cit., p. 120 y ss.

Finalmente, para referirse a la mujer que llevaba a cabo actividades comerciales en Roma, se usó el término *negotiatrix*,¹⁵⁴ que encontramos en el Digesto:

D. 34. 2. 32. 4: “Asimismo, preguntándose respecto a este legado: ‘además de esto, toma, cariñosísima hija mía, de la masa, y ten para ti, todos mis adornos de mujer con oro, y cualesquiera otros adornos de mujer que aparecieren’, si, habiendo sido comerciante (*negotiatrix*) la testadora, cederá al legado no solamente la plata que hubo en la casa o dentro del almacén para uso de ella, sino también la de mujer que había en la tienda del comercio; respondió, que si la testadora tuvo plata propia destinada para su uso, no se considera legada aquella que se soliese exponer como vendible para hacer negocio, si no probara el que la pidiera que también se refirió a ella.”¹⁵⁵

En este caso, la testadora fue una mujer que se había dedicado a actividades comerciales; en consecuencia, contaba con una tienda, un almacén para las mercaderías y cosas (*res*) que se podían comerciar. De este modo, resulta evidente que esta mujer podía disponer por testamento de su patrimonio y establecer legados.

Al presentar la situación de la mujer como heredera tanto en la sucesión testamentaria como la *ab intestato*, así como los supuestos en los cuales desempeñó actividades comerciales o trabajos rentables, se puede apreciar una mejora de su situación jurídica que le permitió contar con un patrimonio, administrarlo y disponer de él.

c) Prohibiciones de las mujeres

Hubo algunos espacios que les fueron prohibidos a las mujeres y esta situación no se modificó. En efecto, seguirán siéndole negados algunos poderes como la patria potestad o la *manus*, así como no podrá ejercer derechos políticos ni asumir una función pública. No obstante, es importante destacar que

¹⁵⁴ Resulta interesante el artículo de Marisa Domínguez en el que estudia la situación jurídica de la mujer como comerciante (*negotiatrix*) en el mundo romano: Domínguez, M. *Mujer romana...*, cit., p. 117 y ss.

¹⁵⁵ D. 34. 2. 32. 4: “*Idem, cum quaereretur de tali legato...cum testatrix negotiatrix fuerit, an non solum argentum, quod in domo vel intra horreum usibus eius fuit, legato cedit, sed etiam quod in basilica fuit muliebri: respondit, si testatrix habuit proprium argentum ad usum suum paratum, non videri id legatum, quod negotiandi causa venale proponi soleret, nisi de eo quoque sensisse is qui petat probet.*”

hubo mejoras en el derecho romano justinianeo pues, como hemos visto, la mujer pudo ser *sui iuris* (D. 1. 6. 4) y pudo adoptar en algunos supuestos (I. 1. 11. 10).

No obstante algunas mejoras que favorecieron a la mujer, se mantuvieron varias limitaciones o prohibiciones en el derecho romano. Se van a mencionar algunas que se encuentran también en el *Corpus Iuris Civilis*.

La primera fue la exclusión de la mujer del ejercicio de la *patria potestas*. Esta potestad está mencionada en las Instituciones de Gayo:

Gai. 1. 55: “También están en nuestra potestad nuestros hijos habidos de legítimo matrimonio. Derecho éste que es particular de los ciudadanos romanos...”¹⁵⁶

La patria potestad era un poder que ejercía el *paterfamilias* sobre sus descendientes (*liberi*), sean hombres o mujeres habidos por *iustae nuptiae* por vía masculina.¹⁵⁷ En las Instituciones de Justiniano, se reitera que la patria potestad era un poder masculino del *ius civile* y, por consiguiente, correspondía a exclusivamente a los ciudadanos romanos:

I. 1. 9. 2: “El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos”.

La patria potestad solamente podía ser ejercida por los ciudadanos romanos que eran *sui iuris*. A partir de la identificación de qué descendientes estaban sometidos al *paterfamilias*, se podía conocer quiénes eran miembros de una familia romana. Posteriormente, los cambios sociales que tuvieron incidencia en la familia mantuvieron la exclusión de la mujer y, como se establece claramente en I. 1. 11. 10: “Las hembras... ni tienen bajo su potestad a sus hijos naturales.” Es decir, en ningún supuesto ellas podrán ejercer la patria potestad sobre sus descendientes, sean naturales o adoptivos.

En segundo lugar, la mujer no podía ejercer el poder marital (*manus*). Éste era otro poder ejercido por el *paterfamilias* por el que se sometía a las mujeres

¹⁵⁶ *Gai.* 1. 55: “*Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus, quod ius proprium civium Romanorum est...*”

¹⁵⁷ *Gai.* 1. 109: “*Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent...*” Posteriormente, en I. 1. 9. 3 se establece claramente que están bajo patria potestad los descendientes matrimoniales y ésta se extiende solamente a través de los hombres. Así, las hijas o nietas no pudieron transmitirla. Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 197 y ss.

(*uxores*) que contraían justas nupcias (*Gai.* 1. 49) e ingresaban a la familia del marido por la *conventio in manum*. Como claramente precisa Gayo, al distinguir la patria potestad de la potestad marital:

Gai. 1. 109: “... Bajo potestad suelen estar los varones y las mujeres; en poder marital, solo están las mujeres.” (“...*in manum autem feminae tantum conveniunt*”).

Así, la potestad marital solamente colocaba como subordinadas a las mujeres y era ejercido por un hombre. En ningún supuesto ella pudo ejercerla sobre el hombre con el que había contraído justas nupcias. Esta situación de subordinación femenina no cambió en el *Corpus Iuris Civilis*.

En tercer lugar, recordemos que se dieron normas con la finalidad de ejercer un control sobre las mujeres y para que ellas mantengan una actitud modesta y sencilla cuando salieran fuera de los muros de su casa. Como vimos anteriormente, la *lex Oppia* (215 a. C.) limitó el lujo y la ostentación de riquezas que hicieran las mujeres en su vestimenta y adornos, así como en su transporte por la ciudad,¹⁵⁸ evitando también que mostraran el rostro descubierto o expusieran partes de su cuerpo. La protesta de las mujeres llevó a que los ciudadanos romanos discutieran sobre la derogación o no de esta ley, lo cual se produjo en 195 a. C.¹⁵⁹

En cuarto lugar, se prohibió que las mujeres presenten denuncias y esto se sustentó en la debilidad de su sexo como fue establecido en D. 49. 14. 18: “Y así también en las constituciones imperiales se prevé que las mujeres, por la debilidad de su sexo, no puedan presentar delaciones.”

Finalmente, para proteger a la mujer del engaño de los hombres, se dieron varias disposiciones en el derecho romano a lo largo del tiempo. En el Digesto, se mencionó que los príncipes Augusto y Claudio se preocuparon por este tema y, a través de edictos, prohibieron que ellas sean fiadoras por sus maridos (D. 16. 1. 2. pr.).¹⁶⁰

Posteriormente, se dio el Senadoconsulto Velejano (siglo I d. C.) que reiteró la prohibición por la que las mujeres no podían ser fiadoras de otras personas, para evitar que sean sorprendidas por el deudor. Su contenido fue recogido en el Digesto:

¹⁵⁸ Domínguez, M. *La mulier...*, cit., p. 604 y ss.

¹⁵⁹ Irigoyen Troconis, M. P. *Literatos...*, cit., p. 157.

¹⁶⁰ Esta prohibición era antigua, como se menciona en D. 16. 1. 2. pr.: “Y a la verdad, primeramente en los tiempos del Divino Augusto, y después en los de Claudio, se había prohibido por Edictos de ellos, que las mujeres fueran fiadoras por sus maridos.”

D. 16. 1. 2. 1: “Después se hizo el Senadoconsulto, en el que con toda amplitud se auxilió a todas las mujeres. De cuyo Senadoconsulto estas son las palabras: Por cuanto los Cónsules Marco Silano y Veleo Tutor hablaron respecto a las obligaciones de las mujeres, que por otros se obligarán, sobre qué debe hacerse en este particular, determinaron sobre este asunto de esta manera: Que por lo tocante a las fianzas y a las daciones de mutuo por otros, por quienes hubieren salido fiadoras las mujeres, aunque parece que antes se había legislado de modo que por tal motivo no se dé reclamación ni acción contra ellas, como quiera que no sea justo que ellas desempeñen oficios viriles y se liguen con obligaciones de este género, juzga el Senado, que obrarán rectamente y en el orden aquellos a quienes se hubiere recurrido en derecho sobre este particular, si procuraron que en este asunto se observe la voluntad del Senado”.

De lo anteriormente mencionado, resulta sustentado por qué se dio el Senadoconsulto Veleiano que prohibió que las mujeres sean fiadoras, dieran fianzas: se quería evitar que los deudores se aprovecharan de su falta de experiencia, sea engañándolas o seduciéndolas.¹⁶¹ Se consideraba injusto que ellas asuman y desempeñen “oficios viriles” (“... *cum eas virilibus officiis fungi...*”) al ser fiadoras. Además, se buscaba protegerlas porque eran débiles (*propter sexus imbecillitatem*) como se establece a continuación:

D. 16. 1. 2. 2: “Así, pues, examinemos las palabras del Senadoconsulto, habiendo alabado primeramente la providencia del ilustrísimo Senado, porque prestó auxilio a las mujeres seducidas y engañadas en muchos casos semejantes por las debilidad de su sexo (*imbecillitas sexux*).”¹⁶²

Lo dispuesto por el Senadoconsulto Veleiano, que prohíbe que las mujeres sean fiadoras de otras personas (D. 16. 1. 1-2), se mantuvo en el Digesto como un mecanismo de protección de las mujeres que actúan de buena fe, como se puede apreciar a continuación:

D. 16. 1. 2. 3: “Pero solamente las auxilia si no hubieran procedido con malicia. Porque el Divino Pío y Severo contestaron esto por rescripto; pues se auxilia a las engañadas, no a las que engañan. Y existe también en griego tal

¹⁶¹ Hespanha, A. M. *El estatuto...*, cit., p. 8.

¹⁶² D. 16. 1. 2: “*Verba itaque Senatusconsulti excutiamus, prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia open tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis*”.

rescripto de Severo: ‘El precepto del Senadoconsulto no auxilia a las mujeres que engañan’ porque mereció el auxilio a la debilidad (*infirmitas*), no a la malicia de las mujeres.¹⁶³

Este Senadoconsulto resulta un mecanismo de protección para las mujeres que procedieron de buena fe y fueron engañadas, pues la debilidad (*infirmitas*) de las mujeres mereció tal protección jurídica; en caso ellas actuaron con malicia (*calliditas*), no merecían ningún auxilio.

De esta manera, hemos podido apreciar que se mantuvieron algunas limitaciones y prohibiciones en el derecho romano que buscaban proteger a la mujer. Se podría discutir la consistencia y justicia de estas disposiciones (al excluirlas del ejercicio de la patria potestad, por ejemplo). Sin embargo, resulta evidente que se pusieron límites y prohibiciones con una finalidad tuitiva, ya que la mujer seguía siendo considerada débil (*infirmitas sexus*).

VII. Reflexiones finales

Luego de analizar cuál era la situación jurídica de la mujer en el derecho romano, podemos concluir que no fue considerada igual al hombre, pero, con el correr del tiempo, logró una mayor y más relevante participación en el ámbito jurídico. Por ello, se afirma que la romana tenía una situación más igualitaria que otras mujeres que vivieron en la misma época.¹⁶⁴ Esto se puede corroborar al estudiar su tratamiento en los ámbitos moral, religioso y político, donde ellas tuvieron una participación importante aunque no siempre reconocida como tal. De todos modos, los cambios que se produjeron a través de los siglos tuvieron un impacto en lo jurídico y ello llevó a varias modificaciones. Muchas de ellas se consolidaron con la entrada en vigor del *Corpus Iuris Civilis* en el siglo VI d. C.

Resulta innegable que la situación jurídica de la mujer en el ámbito familiar fue mejorando paulatinamente, ya que deja de estar bajo tutela perpetua y llegó a ser una *sui iuris* con derechos y capaz de contraer obligaciones. Además, pudo contar con cosas (*res*) en su patrimonio (sea heredado o adquirido a través de actividades empresariales, comerciales o laborales) que administraba de manera independiente y del que podía disponer.

¹⁶³ D. 16. 1. 2. 3: “*Sed ita demum iis subvenit, si non callide sint versatae. Hoc enim Divus Pius et Severus rescripserunt; nam deceptis, non decipientibus opitulatur. ... infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit*”.

¹⁶⁴ Esta afirmación es respaldada por Hespanha y Del Castillo. Véase: Hespanha, A. M. *El estatuto...*, cit., p. 72; Del Castillo, A. *El sistema...*, cit., p. 204.

En el *Corpus Iuris Civilis* se aprecia una evolución del tratamiento de la mujer porque ella no será considerada como un ser humano naturalmente inferior al hombre. Por el contrario, encontraremos que en el derecho romano hay diversos derechos así como obligaciones a los que pueden contraer las mujeres como consecuencia de las mejoras a nivel personal, familiar y patrimonial que se dieron.

Estas reflexiones no son conclusivas dado que aún quedan muchos temas de investigación sobre el tratamiento de la mujer en el derecho romano. Espero que este artículo motive a más personas a estudiar estos temas de modo que contemos con más contribuciones que nos permitan conocer mejor cuál fue el rol de la mujer en Roma, cómo fue cambiando a lo largo del tiempo y qué impacto tuvo en el sistema jurídico.

Originalidad y actualidad de la compraventa romana¹⁶⁵

Por Luis Rodríguez Ennes¹⁶⁶

Sumario

I. Introducción: Compraventa y globalización; II. Orígenes; III. Concepto y elementos; *III. 1. El consentimiento; III. 2. La Merx; III. 3. El precio*; IV. Obligaciones del vendedor y del comprador; V. Las acciones contractuales; VI. La evicción; VII. Garantía por vicios ocultos; VIII. Pactos añadidos a la compraventa

I. Introducción: Compraventa y globalización

Nuestro tiempo se caracteriza por el fenómeno globalizador, que abarca no solo a la economía, sino que se despliega en multitud de aspectos: geográficos, políticos, jurídicos o, incluso, y no en poca medida, en el ámbito de las comunicaciones. La globalización ha estado siempre muy vinculada a la libre circulación de personas, bienes y servicios y, en los tiempos modernos, es un claro producto de la fusión de diversos factores: 1) la facilidad de comunicaciones terrestres, marítimas y aéreas, frente a la lentitud de los medios de transporte anteriores a la aparición del vapor como fuerza de tracción; 2) pocas monedas de referencia; 3) la desaparición de las aduanas interiores y exteriores características del Antiguo Régimen; 4) la creación de entes supranacionales como la Unión Europea; y 5) la revolución cibernética.

¹⁶⁵ Conferencia de clausura del V Congreso de Principios Generales y Derecho Romano celebrado en la Universidad de Flores (Buenos Aires) los días 26 y 27 de octubre de 2018.

¹⁶⁶ Catedrático Emérito de Derecho Romano (Universidad de Vigo. España). Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional del Comahue y la Universidad de Flores.

Este fenómeno, hoy tan natural y a veces tan cuestionado, es un producto de la segunda mitad del siglo XX. ¿Qué acaecía antes? El mundo se caracterizaba por la autarquía económica, el hipernacionalismo, la multiplicidad de monedas y el rigor en las aduanas. En realidad, las circunstancias que propiciaron la libre circulación de personas y mercancías solo se dieron con anterioridad en la Roma imperial. La caída del Imperio Romano condujo a una atomización territorial en todos los aspectos: monetario, lingüístico, jurídico... y a la multiplicación de fronteras donde antes había un espacio económico y jurídico único.

¿Cuáles fueron las manifestaciones jurídicas de la libre circulación originaria? En primer lugar, la total movilidad de personas y mercancías a lo largo y ancho de la geografía imperial. En segundo término, la simbiosis entre el *iuscivile* y el *iusgentium* que va a culminar con la consagración de la territorialidad del derecho y, por último –pero no en último lugar–, la introducción de los contratos consensuales, basados en la idea de la *fides*, la fidelidad a la palabra dada, clave de bóveda de todo el derecho romano. Dentro de esta categoría contractual, sin duda, el lugar señero lo ocupa la compraventa, cuyo carácter consensual supuso una auténtica revolución económico-jurídica. En efecto, al permitir comprar y vender basándose en el mero *consensus*, sin necesidad de ulterior formalidad alguna, va a erigirse en el motor del intercambio comercial y, por ende, de la globalización jurídica. Las líneas maestras de la *emptio-venditio* siguen plenamente vigentes en la actualidad, caracterizada por el deseo de que el derecho trascienda de las fronteras nacionales y vuelva a ser –como en la antigüedad– un *iuscommune*.

II. Orígenes

Un celeberrimo texto de Paulo (33 ed.), colocado por los compiladores del Digesto en cabeza del título de *contrahendaemptio* (D. 18. 1. 1, pr.), se remonta a una época primitiva en la que los cambios no podían tener lugar más que en la forma de la permuta, y explica cómo la introducción de la moneda diferenció la posición de las dos partes contraponiendo un vendedor a un comprador, de los cuales uno transfiere la *merx* y el otro el *pretium*. Prescindiendo de las críticas textuales hechas al texto en el que Paulo habla quizá como sociólogo y economista, es necesario hacer algunas observaciones respecto al valor de su contenido para explicar el origen de la compraventa.

Ante todo, es preciso tener en cuenta que entre la permuta y la compraventa realizada a través de la moneda, existen situaciones intermedias en las que aparecen ya delimitadas las figuras del comprador y del vendedor. Así ocurre, en efecto, con los contratos del Egipto faraónico, ambiente en el que la moneda no existía aún (la introdujeron más tarde los Tolomeos), y, sin embargo, los

precios de las cosas de cierto valor eran fijados con referencia a un determinado peso de oro o de plata. En estos casos, aunque no exista dinero, los documentos muestran como figuras distintas las del comprador y el vendedor (el valor de las cosas vendidas se cifra en tantas medidas de peso de oro o plata, pero el vendedor no recibe esos metales, sino otros objetos tales como joyas, ganados, etc., todo ellos evaluados). Aquí no se puede hablar de permuta, pero tampoco estamos en presencia de un cambio de una *merx* por una cantidad de dinero, que suele considerarse como esencial en la compraventa. Hipótesis semejantes se pueden encontrar en el mundo helénico, y a ellas alude el jurista Celio Sabino, para quien, como sabiniano, el *pretium* tenía un carácter funcional, de modo que si uno deseaba vender algo y otro se presentaba con intención de comprarlo pero no ofreciendo dinero, sino otra cosa, si el primero acepta existe compraventa y no permuta, en contra de los proculleanos.

Una segunda observación es que en Roma ya en época anterior a aquella en que la tradición coloca la fundación parece haber desaparecido, si existió, el cambio mediante las cabezas de ganado, principalmente bueyes y ovejas; los antiguos veían la huella de estos cambios en el nombre mismo de pecunia, cuyo origen de *pecus* está fuera de discusión, pero no excluye la posibilidad de una derivación indirecta. Con todo, el común denominador de los cambios no era, en la época de las XII Tablas, exactamente correspondiente con la definición que de la moneda da Paulo, es decir, no era ésta aún *forma publica percussum*, con acuñación oficial, ni tenía una publica *ac perpetua aestimatio*, sino que era *aes rude*, esto es, metal de plomo, estaño o cobre que se pesaba; es cierto que pronto, según la tradición en tiempo de Servio Tulio, fue impreso una especie de sello en las barras de aquellos metales, de donde la denominación de *aes signatum*, pero parece que ello valía solo para garantizar la composición de la aleación, lo que no excluía la necesidad de pesar el precio; por otra parte, los descubrimientos arqueológicos parecen demostrar que junto al *aes signatum* continúa utilizándose el *aes rude*. La verdadera moneda acuñada que se cuenta y que los romanos continuaron llamando *pecunia numerata* fue instituida, según parece, poco más tarde de la ley decenviral, y la de plata solo en el siglo III, a notable distancia la una de la otra. En consecuencia, los supuestos de compraventa no dineraria, antes mencionados, no interesan especialmente al derecho romano, pues desde muy antiguo el elemento de cambio fue dinero; la permuta aparece así como un negocio eventualmente adoptado por las partes pero con entidad propia.

Desde el momento en que estamos en presencia del cambio de una *merx* por un *pretium* puede decirse que ha tenido lugar un contrato de compraventa, según el sentido más socialmente común de esta palabra, pero esto no constituye aún un contrato que opere creando obligaciones. La idea de un contrato obligatorio pudo surgir solo cuando las exigencias del comercio impusieron, ya la

conversión en crédito del precio de una mercancía actualmente entregada, ya el anticipo del precio por una mercancía que debía ser más tarde consignada, ya el recíproco compromiso de suministrar una mercancía y pagar el precio. Esta configuración de la compraventa como un contrato consensual generador de obligaciones fue un notable logro del derecho romano, que consiguió así superar la concepción original de la compraventa como cambio de una *merx* por un *pretium*. No ocurrió lo mismo en otros derechos de la Antigüedad, tal es el caso particular de la compraventa en el mundo griego, cuyos caracteres esenciales descritos en el siglo IV a. C. por un filósofo discípulo de Aristóteles, Teofrasto, permanecieron inmutables posteriormente en el mundo helenístico, y en el proceso de unificación jurídica que siguió a la constitución de Caracalla del 212 d. C. terminaron por influir también en el derecho romano postclásico-justiniano. El principio aquí vigente es el que suele denominarse de la subrogación, esto es, existe compraventa solo cuando en el patrimonio del vendedor el precio se coloca en lugar de la *merx* y ésta ingresa en el del comprador, ocupando el lugar del precio; para establecer con certeza el momento del que se considera existente el negocio, el mundo griego da preferencia al acto de entrega del precio, de modo que la cosa es siempre recuperable mientras no haya sido satisfecho el precio. El acuerdo de voluntades respecto a la recíproca entrega de la cosa y precio permanece fuera de la fenomenología propiamente jurídica: una coacción indirecta se consigue solo mediante la entrega de una cantidad en función de garantía por el comprador, quien pierde si no paga el resto del precio y que el vendedor deberá restituir en el doble si incumple su promesa de venta. Pero en ningún caso surge una obligación de entregar el precio o la cosa comprada; para realizar una venta a crédito es preciso fingir que el vendedor presta al comprador una suma igual al precio que éste finge pagar; en este caso, en el supuesto de incumplimiento el vendedor actuará procesalmente, no como tal, sino como acreedor de un mutuo. Del mismo modo para adquirir una entrega futura, pagando anticipadamente el precio, se puede fingir un mutuo de dinero con obligación de restituir en géneros.

Partiendo de la misma concepción originaria de una compraventa en la que el vendedor y el comprador se intercambian simultáneamente las cosas y el precio, el derecho romano recorrió un camino muy distinto. Transportó ya en época bastante antigua la terminología de la *emptiovenditio* al orden de las obligaciones recíprocamente contraídas de pagar el precio y de transferir el pacífico goce de la *merx*, y, por consiguiente, consideró la doble transferencia de aquellos bienes como cumplimiento de aquellas obligaciones. La reconstrucción de las fases de la evolución que llevó a este resultado no es fácil, y solo puede darse una respuesta aproximativa.

III. Concepto y elementos

La compraventa de la época clásica puede definirse como “un contrato consensual y bilateral, en virtud del cual una de las partes se obliga a transmitir a la otra el pacífico goce de una *merx*, y la otra a transferir a la primera una suma de dinero, en el concepto de precio”. Esta definición contiene las indicaciones relativas a los elementos del contrato (consentimiento, *merx* y precio) y a la sumaria descripción de las obligaciones que surgen del contrato para una y otra parte. Veamos unos y otras.

III. 1. *El consentimiento*

a) La compraventa es enumerada por Gayo (3, 135) entre los supuestos en que *obligationes consensu contrahuntur*. Este consentimiento puede prestarse, entre presentes, por palabras o *publica percussum* señales, y entre ausentes *per epistulam aut per nuntium* o de otra forma. El contrato produce obligaciones desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo respecto al objeto vendido y al precio de la venta. Pero esta consensualidad podía quizá desfigurarse como consecuencia de la práctica, también existente en Roma, de que el comprador entregase al vendedor en el momento de la compra una cierta cantidad de dinero a título de arras. En el derecho griego, el régimen de las arras consistía en que, en caso de incumplimiento del convenio, el comprador que las había dado las perdía y el vendedor, que las recibía, debía restituirlas dobladas. Ningún vínculo obligatorio se derivaba, pues, del convenio garantizado por las arras, que tienen así función penal. Gayo se cuida, quizá por ello, de advertir (3, 139) que la *emptio venditio* se perfecciona por el consentimiento aunque no se haya entregado el precio ni las arras, y advierte que en Roma las arras no son, respecto al contrato de compraventa, sino una prueba (*argumentum*) del acuerdo definitivo de las partes. En consecuencia, en caso de incumplimiento, una u otra parte pueden exigir el cumplimiento total de la obligación; lo entregado en concepto de arra es un *quantum* que debe ser añadido o detraído, si se trata de dinero, o restituído al que ha cumplido su obligación, si se trata de cosa distinta de dinero.

El carácter puramente obligatorio de la compraventa hacía que la jurisprudencia distinguiera entre el contrato como generador de obligaciones y el acto (*mancipatio, in iure cessio, traditio*) traslativo de la propiedad o la posesión. La pérdida de la doctrina consensualista en la época postclásica determina una transformación esencial en el contrato de compraventa. En el siglo IV la compraventa no es ya presentada como un contrato obligatorio, sino como un

cambio de cosa por precio. Con esta corriente enlazan también las innovaciones de Justiniano en relación con la forma escrita del contrato de compraventa. En efecto, en derecho clásico el documento en el que podían contenerse los términos del contrato de compraventa tenía siempre carácter probatorio. Las partes podían convenir en redactar su acuerdo por escrito, pero tal forma no era necesaria para la perfección del contrato. El documento sería siempre probatorio, en el sentido de que no obligaba éste, sino el acuerdo en él contenido. Por el contrario, en una constitución del año 528 (C. 4. 21. 17, pr.), Justiniano dispone que para la perfección de los negocios de transmisión de bienes, cuando las partes hubieran acordado redactarlos por escrito, es necesario que se suscriba un documento redactado de puño y letra por las partes o, al menos, firmado por ellas y, si se trata de un documento notarial, la venta es perfecta cuando, después de haber firmado las partes y los testigos, el notario redacta la cláusula final en la que declara haberlo completado (*completio*) y consignado a las partes (*absolutio*). Con ello Justiniano retira todo valor a la práctica post-clásica de redactar documentos provisionales, que quedaban en suspenso hasta la redacción definitiva, pero que constituían y tenían el valor de una promesa de futura venta. Con ello Justiniano dio un gran paso adelante por el camino que lleva al documento dispositivo, en el que la escritura es necesaria *ad sollemnitatem*. Con todo, Justiniano deja a las partes en libertad para recoger la forma escrita en los términos establecidos en su constitución, o la puramente consensual. Si la escritura era, en cambio, convenida, las partes no quedaban vinculadas hasta que se hubiera redactado en debida forma un documento. Todo ello determina también un cambio en el régimen clásico de las arras si las partes habían convenido la forma escrita y se habían entregado arras. En caso de no verificarse el contrato en forma definitiva, aquellas arras tenían función penal, lo mismo que ocurría en el derecho griego. Pero también en caso de que no hubiera habido el convenio respecto a la forma escrita, las arras se presumían penitenciales, salvo acuerdo contrario de las partes de querer las confirmatorias. Así, las arras representan en el derecho justiniano un límite a la facultad de desdecirse en la palabra dada, siempre que se estuviera dispuesto a pasar por la penalidad que de ello se derivaba.

b) Por tratarse de un contrato consensual, tiene en la compraventa una particular relevancia la concordancia de las dos voluntades. Si esa concordancia falta se produce la figura del *dissensus*, y queda excluida la formación del contrato. Este *dissensus* puede referirse, ante todo, al error respecto a la identidad de la cosa objeto de la compraventa. Más complejo resulta el supuesto del error, *in materia* o *in substantia*. Ulpiano recoge la opinión de Marcelo, que considera válida la compraventa desde el momento en que ocurre el *consensus in corpus*, y se pronuncia él en contra, estimando que el error sobre la materia de que está hecha una cosa equivale al disenso respecto al objeto. Otros textos muestran

también oscilaciones y contradicciones de este tipo, y han determinado abundantes discusiones en la doctrina. Tal vez la opinión más probable es que, a pesar de la resistencia de Marcelo y otros juristas, hubiera prevalecido la opinión de Juliano, seguida por Ulpiano, de considerar nula la compraventa cuando había mediado error sobre las cualidades esenciales de la cosa. La progresiva ampliación de esta tendencia determinó una reacción de los bizantinos favorable a la opinión de Marcelo. El criterio restrictivo de los bizantinos se debe quizá al hecho de que mientras tanto se había generalizado la aplicación de la garantía por los vicios ocultos, y por la facilidad con que los bizantinos aplican la acción contractual (*actio empti*) para obtener la reparación del daño derivado al comprador por no corresponder el objeto a sus expectativas razonables.

III. 2. *La merx*

El objeto de la prestación del vendedor se designa en las fuentes con el término *merx*, más técnico que la expresión *res quaevenit* o simplemente *res*. En contraposición a la *res* objeto de la venta (*merx*) se llama *res venalis* a la simple oferta de una cosa como vendible. Función de *merx* puede tenerla cualquier cosa, o bien económico, susceptible de formar parte del patrimonio de una persona. Y no solo las cosas corporales, sino también las incorpóreas, es decir, cualquier derecho patrimonial que sea susceptible de pasar del patrimonio de una persona al de otra, o de poder constituirse por una en beneficio de la otra. Sin embargo, en la configuración del contrato de compraventa tuvo una importancia decisiva la estructura económica del cambio de una *merx* por un *pretium*, por lo que el régimen de la compraventa de las *res incorpóreas* no podía seguir siempre el originariamente configurado para las *res corporales*, objeto de la compraventa *strictu sensu*.

Las principales *res incorpóreas* que las fuentes admiten como objeto de compraventa: a) el *ius in agro vectigali*, el que en la época postclásica corresponde al *ius emphyteuticum*, y en derecho justiniano también al *ius superficiei*. En estos casos, el régimen de la compraventa es similar al de las cosas corporales; b) las fuentes hablan también de *venditio servitutis*, lo cual no implica que la servidumbre pueda transmitirse, sino que supone una obligación por parte del titular de un fundo de constituirla en favor del titular de un fundo vecino, a cambio del pago de un precio por parte de éste; c) del mismo modo, también un derecho de usufructo puede ser vendido en el sentido de que el propietario de una cosa se obligue a constituir en debida forma un usufructo en favor de otra persona, que paga un precio. Pero en materia de usufructo las exigencias prácticas han llevado a admitir la posibilidad de que el usufructuario pudiera vender el usufructo. Sin embargo, como el usufructo es

un derecho intransmisible, el comprador no se convierte en usufructuario, sino que adquiere su ejercicio. Frente al nudo propietario, el usufructo sigue perteneciendo al cedente, al que incumbe la responsabilidad por la eventual inobservancia de los límites que su ejercicio comporta; d) también pueden ser objeto de compraventa los créditos, o mejor, según la terminología romana las acciones que los protegen. Se trata también de derechos en principio intransmisibles. El medio más usual para efectuar la cesión es que el acreedor nombre como representante suyo (*cognitor o procurator*) en el eventual proceso, a la persona a la que quiere ceder el crédito (*procurator in rem suam*); y e) finalmente, puede ser objeto de compraventa una herencia que haya ingresado ya en el patrimonio del vendedor.

Una antigua regla que probablemente se remonta a la época en que se practicaba la venta al contado, y que entró a formar parte de los principios reguladores de la venta contractual, es que la venta no existe si no existe la cosa vendible (*nullavenditio sine re quaeveneat*). Esta regla no fue nunca abandonada, y en ella se apoya la jurisprudencia para declarar nulas las ventas que tienen por objeto no solo cosas que no han existido nunca, sino también cosas desaparecidas antes de que se hubiera perfeccionado el contrato, e incluso cuando el objeto de la compraventa se hubiera determinado solo por su pertenencia a una categoría abstracta (*genus*). Esta regla no impidió, sin embargo, que se reconociera validez a la venta de cosas futuras.

La venta de cosas futuras presenta dos modalidades, que la doctrina romanista denomina respectivamente *emptio rei speratae* y *emptio spei*. En la *venditio rei speratae* se hace depender la eficacia de la compraventa, tanto respecto a la validez como a la medida de las respectivas obligaciones, del evento de que la cosa llegue a existir y en la medida en que ello suceda. Si se vende, por ejemplo, el *partus ancillae*, la venta será eficaz solo si la gestación tiene efecto positivo. Si se vende una cosecha futura, el precio se fijará normalmente en relación a cada unidad de peso o de capacidad, y la venta será eficaz por tantas unidades como se hayan producido efectivamente. Puede hablarse en estos casos de una venta condicionada, pero la condición no es aquí un elemento accidental, sino esencial para la existencia del contrato.

La otra forma de disponer de cosas futuras por compraventa es la *emptio spei*. Aquí, el objeto de la venta no es propiamente la cosa futura sino las probabilidades de producción de la *merx* y del *quantum* de la misma. Ejemplos típicos son los de la pesca y caza, pero también pueden admitirse como válidos otros supuestos como la venta de créditos condicionales, y la venta del *servus fugitivus*, en el sentido de transmitir al comprador las posibilidades de recuperación.

La particularidad de la *venditio spei* de considerar debido el precio aunque el resultado no se haya producido, llevó a algunos autores, como Longo, a considerarla una anomalía en el régimen de la compraventa. Con todo, su

admisibilidad es indudable y, por otra parte, no se ve por qué repudiar esta figura. En ocasiones puede resultar dudoso individualizar una compraventa como *emptio rei speratae* o como *emptiospei*. Un caso de este tipo es planteado por Juliano (D. 18. 1. 39. 1). Precisamente basándose en este supuesto, los pandectistas consideraban una *questio voluntatis* la calificación de una venta de cosa futura como *emptio spei* o *emptio reis peratae*.

Tal vez debido a un residuo de la primitiva venta al contado que exigía la presencia de la *merx*, si no a la vista por lo menos en la mente del comprador, no se admitió en Roma la venta genérica que pudiera tener por objeto cosas definibles solo en relación con una cierta categoría o tipo. No parece posible en una palabra que para el derecho romano pueda ser *merx* de una compraventa un caballo, sin ulterior determinación, ni tampoco cien ánforas de vino. Es cierto que la afirmación de que el *genus* no sea susceptible de compraventa no se encuentra en las fuentes, pero resultaría extraño que, de haberse admitido, en ninguno de los centenares de textos relativos a la compraventa se mencionara un supuesto de este tipo. El principal texto que se cita en apoyo de la tesis afirmativa de este tipo de compraventa es un fragmento de Papiniano (3 resp., en FV. 16). Pero aquí no se hace referencia a la venta de un *genus*.

III. 3. El precio

El principal requisito del precio es, según la doctrina proculeyana que sustancialmente prevaleció, que consista en dinero contante, *pecunia numerata*. La doctrina de los sabinianos admitía cualquier cosa en función de precio, con lo que convertía la *permutatio* en un supuesto de *emptio-venditio*. La argumentación proculeyana, recogida por Paulo y Gayo, se basaba en la necesidad de distinguir al comprador y al vendedor, considerando que aquel se individualizaba justamente por su obligación de pagar un *pretium* consistente en *pecunia numerata*. Una solución intermedia fue admitida por parte de la doctrina: cuando, a pesar de no intervenir dinero, podían individualizarse las partes como comprador y vendedor, se estimaba existente el contrato de compraventa. Por tanto, si una cosa es puesta en venta, la eventual dación de otra cosa cualquiera en lugar del dinero contante no quita a la primera la calificación de *merx* ni a la segunda la de *pretium*. Con mayor motivo, se admite que a la obligación del comprador de pagar una suma de dinero pueda añadirse como parte integrante de su obligación la *datio* de otra cosa, o cualquier otro comportamiento; así, se admite que alguien pueda comprar por dinero un solar, con la obligación de transmitir al vendedor la mitad del edificio que construya allí.

El precio debe ser, además, determinado (*pretium autem certum esse debet*,

Gayo 3, 140). Este requisito fue objeto de alguna atenuación: a) ante todo, es posible una determinación *per relationem*, es decir, con referencia a una circunstancia objetivamente cierta, aunque actualmente ignorada por las partes (al precio de la cosa en el mercado); b) otra posibilidad reconocida por las fuentes es que a una determinada cantidad de dinero se añada un sobreprecio (por ejemplo, se conviene entre un comprador y un vendedor un precio por una cosa y, además, que el comprador venda a su vez la cosa, teniendo que entregar la mitad del sobreprecio al vendedor y la otra mitad quedándose con ella; y c) otra hipótesis, planteada por Gayo, es la del precio determinado a través del encargo dado por las partes a un tercero. Por el contrario, el mismo Gayo afirma la imposibilidad de remitir la determinación del precio a una de las partes.

En la doctrina pandectística ha estado de moda durante largo tiempo la máxima de que el precio, además de *certum* debía ser *verum* y *iustum* esta máxima es negada por la doctrina moderna. Las investigaciones de Albertario demostraron que, al menos en la mayor parte de los lugares en que aparece, el inciso *iusto pretio* es un añadido postclásico, reflejo de la legislación sobre la materia. No se excluye que el término *iustum pretium* hubiera sido usado por los clásicos, por ejemplo, en relación con el *iusiurandum in litem*, pero no en relación con la correspondencia del precio al valor venal de las cosas, y ello ni en el derecho clásico ni en el justiniano, pese a las diferencias que al respecto existen entre ambos. La tendencia de la jurisprudencia clásica es dejar el precio a la libre decisión de las partes, con arreglo al juego de la oferta y la demanda. Por el contrario, en el derecho justiniano existe en el Código todo un título de *rescindendaemptio* (4, 44), en el que se regula la facultad de pretender la rescisión de una venta inmobiliaria cuando, independientemente de todo dolo o error, el inmueble ha sido pagado en menos de la mitad del justo precio. Las constituciones en las que se regula esta institución llevan nombres de emperadores a partir de Diocleciano. Sin embargo, ni siquiera en el derecho justiniano puede afirmarse la exigencia de que el precio sea *iustum*. Ante todo, porque si existiera un requisito de este género, debería funcionar no solo en interés del vendedor, sino también en el del comprador, en caso de un precio desmesuradamente elevado; además, en el mismo derecho del Código el perjuicio del vendedor es tomado en consideración solo si el objeto de la venta fue un inmueble, y si fue pagado un precio inferior, no al justo, sino a la mitad del justo. Finalmente, la venta no es, en definitiva, nula, sino que crea solo en favor del vendedor la facultad de pedir la rescisión. Esta facultad se funda en la *laesio enormis*, esto es, en un empobrecimiento mayor de aquel que normalmente puede esperarse de una venta no suficientemente meditada. Al mismo tiempo, esta facultad se inspira en el ejemplo de las clásicas *restitutiones in integrum*, como se ve por los ejemplos citados por las constituciones, tales como

menor edad, violencia, dolo. Por otra parte, tiene un fundamento político que es el proteger a quien se ve obligado por necesidad a vender a cualquier precio. La *in integrum restitutio* es sustituida en derecho justinianeo por una verdadera acción. La doctrina posterior ha oscilado entre la consideración de la *laesio enormis* en sentido objetivo, como un excesivo desequilibrio entre los dos patrimonios, y en sentido subjetivo, que la coloca junto a los vicios de la voluntad.

IV. Obligaciones del vendedor y del comprador

El vendedor asume en la compraventa la obligación de transmitir al comprador la posesión de una *merx*. Hasta tal punto es así que si (D. 12. 4. 16) *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum... dares*, no existe compraventa, porque fue asumida expresamente una obligación de *dare*, esto es, de transmitir la propiedad. Pero la compraventa no impide tampoco que la propiedad se adquiera. La incapacidad del contrato de compraventa para fundar una obligación de transmitir la propiedad no tiene un fundamento económico, sino que se trata de una imposibilidad técnica.

El contenido de la obligación del vendedor es definido por Paulo (D. 19. 4. 1, pr.), diciendo: “*venditorisufficit, obevictionem se obligare, possessionemtradere etpurgari dolo malo*”. El primer aspecto de este triple contenido (*obevictionem se obligare*) será tratado más adelante. Basta decir aquí que ello consiste en que el vendedor debe asumir frente al comprador una de aquellas *verborumobligationes* en virtud de las cuales quedará obligado a indemnizarlo en la medida estipulada, en caso de reivindicación total o parcial de la cosa por un tercero. La necesidad de acudir en estos casos a la estipulación prueba que el vendedor no estaba obligado a transmitir la propiedad, pues, en tal caso, el comprador desposeído podría ejercitar la acción contractual (*actioempti*) por incumplimiento.

Es preciso, pues, detenerse en el examen de la expresión *possessionemtradere*. En ello estriba, justamente, la principal obligación del vendedor, quien no está obligado, en virtud del contrato, a realizar los actos correspondientes para convertir al comprador en propietario. Sin embargo, pueden convenir las partes, y ello se haría así normalmente, que tratándose de *res mancipi* se haga la *mancipatio*. La razón de este régimen es que el negocio *iuris gentium* de compraventa ha nacido en las relaciones entre romanos y extranjeros, e incluso cuando fue admitido para comprar y vender entre romanos permaneció accesible a personas de cualquier nacionalidad. Por otra parte, cuando en el curso de los siglos III y II a. C. los ciudadanos romanos se dedicaron a la actividad comercial en todo el mundo mediterráneo, la *traditio* debió de considerarse en tal ambiente el modo normal de ejecución. El carácter internacional de este contrato, usado por quienes carecían incluso del *iuscommercii*, llevaba a considerar la

traditio el modo normal de ejecución del mismo, y ello dio lugar a la ampliación del campo de aplicación de la propiedad pretoria en los últimos siglos de la República. Es incluso probable que cuando se hubiera convenido celebrar la *mancipatio* o *in iure cessio*, el contrato de compraventa no se entendiera cumplido, sino convertido en ese negocio. Una vez desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, en el derecho justinianeo la *traditio* se convierte en el modo específico de cumplir su obligación el vendedor, pero el *tradere* justinianeo no coincide ya con el clásico. En especial para la transmisión de inmuebles, se exigen determinadas formalidades que configuran la denominada *traditio sollemnis* como un verdadero acto de transmisión de la propiedad. En el derecho justinianeo, más que de *possessionem tradere* debe hablarse de *rem tradere*.

Las obligaciones del comprador se reducen a pagar el precio convenido, juntamente con los intereses, según la doctrina dominante, por el retraso eventualmente fijado para el pago. El precio comienza a devengar intereses desde el día fijado o, si no se fijó, desde la *traditio* de la *merx*. En concepto de carga, más que de obligación, puede imponerse al comprador cierta colaboración en la *traditio*, por ejemplo, debiendo acudir a recoger la *merx*. Finalmente, viene obligado el comprador a resarcir los gastos sostenidos por el vendedor para la conservación de la cosa en caso de retrasarse en su retirada.

V. Las acciones contractuales

La bilateralidad del contrato de compraventa que se concreta en las recíprocas obligaciones entre las partes, encuentra su expresión típica en las acciones que respectivamente competen al comprador y al vendedor, y que toman su nombre de la función que cada una de ellas cumple en el contrato: *actio empti* y *actio venditi*, también llamadas *ex empto* y *ex vendito*.

El punto esencial de ambas fórmulas es la expresión *ex fide bona*, que permite al demandado alegar excepciones *apud iudicem* y hace posible un amplio juego del *officium iudicis*.

El carácter *ex fide bona* de las acciones de la compraventa permite también que tales acciones puedan ejercitarse, no solo por el incumplimiento de una de las partes en relación con las obligaciones nacidas del contrato, sino también por el comportamiento malicioso de una de ellas, especialmente el vendedor, en el momento del acuerdo, ocultando los vicios de la cosa o haciéndola aparecer, fraudulentamente, dotada de cualidades de las que carecía. Esta regla ha encontrado algunos contradictores que se han fundado en un texto de Ulpiano (D. 4. 3. 37) para sostener que, al menos a principios de la época clásica, no era aún reconocida la posibilidad de ejercitar en tales casos la acción contractual, sino que se recurriría a la *actio de dolo*, pero se trata de un texto alterado, en el

que se diría, por el contrario, que competía *non actio de dolo, sed ex emptoactio*, como se dice en otros textos. Las declaraciones dolosas a que aquí se hace referencia no son aquellas informales que todo vendedor hace respecto a su mercancía, sino lo *dictum et promissum*, que lo vincula.

Se plantean a continuación diversos problemas. Así ¿puede ser eficaz un contrato de compraventa a favor de una sola de las partes, produciendo obligaciones solo a cargo de otra? Frente a una circunstancia que exonera una de las partes de su obligación, ¿puede quedar obligada la otra? ¿Hasta qué punto el juez nombrado para entender en el conflicto suscitado por la acción de una de las partes puede tener en cuenta las obligaciones del actor respecto al demandado? En la respuesta a estas cuestiones puede hablarse de una tendencia, pero no de un criterio absoluto. No parece exacto, en este sentido, el pensamiento de Partsch de estimar existente en esta materia una oposición radical entre el pensamiento de los clásicos y el de la época postclásica-justiniana. Por lo que al derecho clásico se refiere, el demandado puede oponer *apud iudicem* frente al demandante todas las pretensiones que tenga frente a él derivadas del contrato. A esta independencia de las obligaciones se opone el límite de que, como la fórmula no da al juez otra facultad que la de condenar o absolver al demandado, no es concebible una reducción que, por dar un resto inferior a cero, conduzca a la condena del actor. Por tanto, si el demandado en la *actio empti* tiene razones para considerar superior su crédito, debe *in iure* intentar la *actio venditi*, solicitando que ambas fórmulas sean resueltas por el mismo juez, a menos que se reserve la facultad de entablar su acción posteriormente. La situación es distinta en el derecho justiniano. Aparte de la facilidad de que en cualquier caso ofrecía un procedimiento más libre, el principio de que las recíprocas pretensiones de ambas partes debieran entenderse *in iudicium deductae* aunque una sola de ellas hubiera tomado la iniciativa de la acción, es sancionada por Justiniano en una constitución del año 529 (C. 7. 45. 14). En virtud de este principio, el actor puede resultar condenado si el importe de lo que debía al demandado era superior a lo que él podía reclamar, y ello sin necesidad de que el demandado ejercitara a su vez su acción. Pero frente a este principio existen también limitaciones a la interdependencia en el derecho justiniano, por lo que puede decirse que nunca se llegó a la plena formulación de un principio de interdependencia. Ésta existe solo en el sentido de que, siendo las obligaciones asumidas por cada parte causa de las asumidas por la otra, siendo las acciones en cuestión *iudicia bonae fidei*, debía aparecer natural la tendencia a valorar conjuntamente la posición de ambas partes, pero esta tendencia debió conciliarse con exigencias propias del sistema procesal y otras de índole económica o equitativa.

El problema de los límites de la responsabilidad contractual se plantea de forma unilateral, es decir, por lo que se refiere al incumplimiento del vendedor.

Se puede decir, en efecto, en líneas generales, que este problema surge cuando habiéndose hecho imposible el cumplimiento o pudiendo realizarse ya solo en forma menos satisfactoria, se trata de ver si tal imposibilidad o desvalorización de la prestación es imputable o no al vendedor. Como el comprador está obligado al pago del precio, esto es, de una suma de dinero, un resultado de ese tipo no podía nunca producirse, mientras que respecto a la *merx* puede ocurrir tanto el perecimiento como el deterioro más o menos grave.

El criterio normal según el cual se juzga de la responsabilidad en los contratos de buena fe es del dolo. El dolo, sin embargo, es interpretado en estos casos en forma amplia, pues se parte del principio de que el vendedor está obligado a actuar con diligencia en el cumplimiento de la obligación contratada, por lo que, faltando a ello, incurre en dolo. De acuerdo con este criterio, llega a declarar la jurisprudencia responsable al vendedor frente al comprador cuando no hubiese actuado en la salvaguardia de la *merx* con la diligencia de un buen padre de familia. Además, es muy probable que el vendedor respondiera también por custodia, pero se trata de un punto oscuro. La dificultad para admitir este criterio de responsabilidad se basa en dos circunstancias: primero, que esta forma de responsabilidad objetiva no es admitida por los justinianos, que siguen más bien el criterio de la diligencia; segundo, que al menos en la época postclásica-justiniana, pero quizá ya entre los antiguos, la palabra custodia era usada en ocasiones en sentido no técnico. Con todo, de algunos textos parece deducirse esa posible responsabilidad, que se plantea especialmente en caso de hurto. Para designar esta responsabilidad objetiva se usa a veces el término *periculum*, pero esta palabra alude más bien en el lenguaje de los clásicos al riesgo en los casos de fuerza mayor. La regla vigente en tales supuestos era la de *periculum est emptoris*. Este principio implica que si perece la *merx* por fuerza mayor incluso antes de que el vendedor lo haya consignado al comprador, no solo éste no puede pretender nada, sino que queda obligado a pagar el precio. La doctrina moderna, posterior al siglo XVI, ha considerado en ocasiones esta regla como inicua. La escuela del derecho natural, en los siglos XVII y XVIII, atacó ese principio por considerarlo en pugna con los principios del derecho romano. Y fue por influencia de esta escuela como, primero el *Landrecht* prusiano codificado el año 1794, y después el Código Civil germánico de 1896, abandonaron la regla romana y adoptaron el criterio de que, en principio, el riesgo pasa al comprador solo después de la tradición. No puede decirse tampoco que se siga el principio romano en las legislaciones inspiradas en el Código Napoleón (1804). En efecto, es verdad que en el sistema de este Código el riesgo se transfiere, en principio, al comprador desde el momento del contrato, pero ello es solo un corolario del principio por el cual el consentimiento transfiere la propiedad al comprador. El régimen romano está plenamente reproducido en el Código Civil suizo de

las obligaciones: del contrato surgen solo obligaciones, pero el riesgo pasa al comprador desde el momento del contrato.

En compensación al *periculum est emptoris*, se aplica al comprador la regla de que *cuius commoda eius et incommoda*, esto es, que con el traspaso del riesgo pasan también al comprador todas las eventualidades favorables que pueda experimentar la cosa. Algunas tentativas de justificar la regla romana son especialmente interesantes en la doctrina por el influjo que ejercieron en la legislación. Así, Pothier (1699-1772) la justifica observando que la causa de la obligación del comprador no se apoya en la entrega de la *merx*, sino en la obligación que al respecto asume el vendedor. Al seguir las obligaciones de las partes sus vicisitudes, el hecho de que una no pueda cumplirse por caso fortuito no impide que permanezca la otra. En el Código Civil suizo tuvieron gran influjo las concepciones de la “Pandectística” alemana, especialmente expuestas por Windscheid, quien observa que aunque la enajenación no coincida con la convención, ello no quita que la compraventa sea un contrato de enajenación, y, por tanto, todo está preordenado de forma que la convención produzca lo más posible los efectos de la alienación.

Estas y otras hipótesis no permiten tal vez una explicación convincente del principio romano, pero contribuyen a quitarle el señuelo de iniquidad que otros le atribuyen. En este sentido, hay que añadir todavía: a) que la regla se aplica en caso de que la *merx* esté en situación de poder ser consignada por el vendedor o retirada por el comprador; b) que no tiene lugar si el vendedor, a su vez, está en mora respecto a la consignación; y c) que el riesgo por hurto pesa sobre el vendedor en virtud de la responsabilidad por custodia. La regla, por lo demás, es también explicable teniendo en cuenta los orígenes del contrato de compraventa. En efecto, la primitiva venta mancipatoria suponía la transferencia inmediata de la propiedad, por lo que era natural que pasaran *commoda et incommoda*. La primitiva doble estipulación para celebrar el negocio de compraventa implicaba, por otra parte, una independencia recíproca de las obligaciones como consecuencia de su unilateralidad. Todo ello puede explicar la permanencia de la obligación de pagar el precio aunque la *merx* que debía consignarse hubiese desaparecido por fuerza mayor, en el contrato consensual de compraventa.

Interesa ahora examinar hasta qué punto este principio pudo ser obra de los justinianos, y en qué medida puede atribuirse a los clásicos. Ante todo es necesario tener en cuenta que pertenece a la época postclásica, y especialmente a los compiladores, el propósito de hacer del problema del riesgo uno de los pilares de la doctrina de la compraventa, para lo que construyeron la doctrina de la *emptio perfecta*. A pesar de la utilización y desarrollo justiniano de la regla *periculum est emptoris*, su carácter es indudable, y son muchos los textos que lo apoyan. Quizá presente particular interés FV. 16, en donde Papiniano

muestra que, tratándose de cosas genéricas, el riesgo sobrevive para el comprador una vez que ha sido separada la *merx* (por ejemplo, *degustatio*, en el vino) aunque dicho riesgo sobrevenga dentro del plazo concedido para pagar el precio o se pueda mientras tanto presentar un mejor postor por el contrario, ante de la separación de la *merx* (*corpore non demonstrato*), no corre aún riesgo el comprador.

VI. La evicción

En la concepción jurídica actual la garantía por o contra la evicción se presenta, lo mismo que la de los vicios ocultos, como un elemento natural de la compraventa. La garantía por evicción, dice Girard, es como una prolongación de la obligación de consignar la cosa: como consecuencia del deber de hacer la consignación, el vendedor debe responder en el caso de que con posterioridad a ella un tercero reivindique victoriosamente la cosa. Cuando se dice en derecho romano que el vendedor debe transmitir al comprador la pacífica posesión de la *merx*, estamos sustancialmente ante una perspectiva idéntica. Es decir, se comprende en el concepto de pacífica posesión tanto la consignación como el ser responsable el vendedor de que el comprador continúe gozando de la cosa, y el indemnizarle en caso de que un tercero pueda judicialmente privarle de ella total o parcialmente cualitativa o cuantitativamente. Esto corresponde, sin embargo, a la última fase de una evolución al principio de la cual la garantía por evicción era objeto de una obligación separada, cuya fuente era o la *mancipatio* o una forma estipulatoria. La evolución jurisprudencial hizo que la garantía por evicción fuera primero una obligación que nacía del contrato consensual y después como un efecto inmediato del contrato consensual.

Entre las normas conocidas de las XII Tablas existe una que dice: “*Usus auctoritas fundi bienniumest, ceterarum rerum omnium annus est usus*”: *usus* se refiere a lo que más tarde se llamó *possessio ad usucapionem*; *auctoritas* implica una autorización, una asistencia, en fin, una intervención que da fuerza y validez al acto que de otro modo no producirían efecto alguno, así, la *auctoritas tutoris* da valor a la declaración de voluntad del pupilo o de la mujer; la *auctoritas patri* convalida la voluntad patrimonial del hijo; la *auctoritas patrum* convalida las leyes votadas en los comicios en relación con la transmisión de la propiedad, la *auctoritas* es una asistencia procesal que implica una garantía porque ha sido anteriormente asumida; *auctor* es así un término con el que se designa al vendedor. La obligación de asistencia del *auctor* cesaba transcurrido el plazo legal para la usucapión y de aquí que la Ley de las XII Tablas tratase juntamente de la *auctoritas* y de la *usucapio*, que daba al comprador un título válido *adversus omnes*.

No parece ofrecer duda que la obligación de la *auctoritas* nacía, ante todo, de la *mancipatio* e implicaba un doble objeto: a) asistencia judicial en caso de que un tercero reivindicase la cosa; b) en caso de negativa o de asistencia ineficaz, pago del doble del precio, para cuya reclamación disponía el comprador de una acción a la que la ciencia moderna da el nombre de *actio auctoritatis*. Parece también seguro que este régimen se aplicaba también a la evicción parcial, igualmente a la reivindicación de derechos sobre la cosa, como las servidumbres y el usufructo. En estos casos, la penalidad impuesta al vendedor se reduciría al doble de la parte del precio proporcional a la cuota que el comprador perdía, o de la disminución que el precio del fundo debía experimentar por la declaración de la existencia del reclamado *ius in re aliena*. El régimen de la *auctoritas*, derivada de la *mancipatio*, parece pertenecer ya a la época de las XII Tablas, y se encuentra plenamente desarrollado en el siglo I a. C. De esta institución se ocupaba aún Paulo (fines del siglo II y principios del siglo III d. C.) y el hecho de que se conserve esa referencia en las *Pauli Sententiae* puede hacer pensar que en el siglo IV d. C., se consideraba aún vigente aquella institución. El Digesto no permite determinar el alcance de esta institución en la jurisprudencia clásica, pues en el derecho justiniano no existe ya la *auctoritas*. En algunos fragmentos jurisprudenciales han creído reconocerse referencias a la *auctoritas* y Lenel piensa que en el edicto debían contenerse dos recursos relativos a la evicción: *actio auctoritatis* y *satisdatio secundum Mancipium*. En cualquier caso, no cabe duda de que el paso del régimen de la *auctoritas* al de las estipulaciones de garantía tratándose de *res Mancipi* se operó a través de la *satisdatio secundum Mancipium*.

Es muy probable que desde antiguo la obligación de prestar la *auctoritas* derivada de la *mancipatio* se afianzara a través de una forma estipulatoria con la intervención de un garante. Pero como la obligación de un *sponsor* o de un *fideipromissor* no puede contraerse sin una previa *verborum obligatio*, era necesario que la obligación nacida de la *mancipatio* se asumiera por el mismo vendedor en forma estipulatoria. Natural resultado de todo ello fue que usara acudir a la estipulación aunque no mediaran garantes (*repromissio secundum Mancipium*). Los textos de los que disponemos referentes a la *satisdatio secundum Mancipium* son muy pocos. Uno de ellos es una carta de Cicerón ad Atticum (5, 1), pero el más importante es la *Formula Baetica*, referente a una *fiducia cum creditore*. Con todo, en la época clásica avanzada este tipo de estipulación no parece existir ya. El régimen de la responsabilidad por evicción se regulaba ya por la práctica de la *stipulatio duplae*, añadida a la *mancipatio* a título de compraventa.

La forma estipulatoria era imprescindible para garantizar la evicción de las *res nec Mancipi*. En varios lugares de la *Res rusticae* de Varrón se hace referencia a la práctica de una estipulación en virtud de la cual el vendedor debía garantizar al comprador la pacífica posesión de la *merx*: *habere recte licere*. Completando

estos datos con los que se deducen del Digesto puede determinarse el ámbito, el contenido y los efectos de la denominada *stipulatio habere licere*. Parece, ante todo, que esta estipulación no se aplicó más que a la *res necmancipi*. En cuanto al contenido, *habere* indica el goce efectivo de cosa y *licere* la inmunidad de este goce de reclamaciones procesales. Si éstas se producen, y el comprador pierde la cosa o debe pagar su *aestimatio*, puede el comprador exigir el cumplimiento de la promesa estipulatoria. Ahora bien, mientras que los textos de Varrón muestran que la *stipulatio habere licere* garantizaba al comprador frente a todas las reclamaciones sobre la *merx*, un texto de Ulpiano (D. 45. 1. 38, pr.) dice que el vendedor exclusivamente responde de que ni él ni sus descendientes realizarán reclamaciones sobre la *merx*. Esto se encuentra en contraste con la evicción en la mancipación de *resmancipi* a través del sucesivo régimen de la *auctoritas*, la *satisfatio secundum Mancipium* y la *stipulatio duplae*, pero no parece posible negar la clasicidad del texto de Ulpiano. Para explicar ese contraste, Kaser atribuía a la jurisprudencia clásica una concepción más restrictiva que la vigente entre los *veteres*, debido a que en la época clásica se había acogido la idea de que la *actio empti* servía para garantizar la evicción, aún faltando estipulaciones por lo que la *stipulatio habere licere* era un plus añadido por las partes. Éste habría sido el sentido del texto de Ulpiano en el que, comentando a Sabino, se declaraba contrario a él, que atribuía función general de garantía a la *stipulatio habere licere*, pues en su época no había aún otra forma de asegurar la indemnización al comprador *evictus* de una *res necmancipi*.

El medio estipulatorio más difundido y más conocido para defender al comprador contra la evicción es la denominada *stipulatio duplae*. La opinión más probable es que este recurso fue el último en aparecer y su fórmula se concibió aprovechando las experiencias suministradas por los recursos anteriores. Fijando una indemnización en principio equivalente al doble del precio se adopta el régimen de la *auctoritas*; en la posibilidad de hacer intervenir junto al vendedor a un garante se conserva el régimen de la *satisfatio secundum Mancipium*; fijando como criterio para el reconocimiento de la evicción la pérdida del *habere licere* se limita la estipulación de este nombre; definiendo la reclamación victoriosa con el verbo *evincere* se sanciona una terminología que ha trascendido los límites de vigencia práctica del derecho romano.

La *stipulatio duplae* es una *stipulatio poenae* en la forma más pura. Se promete, en efecto, pagar una suma de dinero en caso de que se produzca el hecho de la evicción. El edicto de los ediles curules contenía la fórmula de esta *stipulatio* tal como se practica en la compraventa de esclavos. Se trataba de una fórmula compuesta, en la que la cláusula de evicción aparecía combinada con la relativa a los vicios ocultos. Este tipo de *stipulatio duplae (pecuniae)* aparece en documentos de aplicación del derecho, tanto con ocasión de ventas de esclavos como de animales comprendidos en la categoría de la *res necmancipi*.

Los documentos de aplicación del derecho muestran también el uso de la *stipulatio duplae* en forma simple, esto es, sin la cláusula relativa a los vicios ocultos, en casos de compraventa de casas y fundos, y esta misma forma debía de ser la usual en los supuestos de compraventa de *res Mancipi*. Ya desde antiguo, las partes podían convenir la sustitución de la *stipulatio duplae* por una *stipulatio simplae*, esto es, calculando la pena con relación al precio, única variante que, por lo demás, presentaba su régimen.

Progresivamente la jurisprudencia fue afirmando el principio de que, en virtud de la *fides*, del mismo acuerdo contractual se derivaba para el comprador el derecho a ser garantizado. La evolución atravesó dos fases distintas. El primer paso fue reconocer que del acuerdo de voluntad nacía para el vendedor, junto a la obligación de entregar la *merx*, la de prestar la garantía por evicción en forma estipulatoria. A esto debió de seguir poco después la posibilidad de que la misma *actio empti* sirviera para obtener la indemnización por evicción cuando no se hubiera garantizado la misma en forma estipulatoria.

Aunque la responsabilidad por evicción sea un elemento natural del contrato de compraventa, puede excluirse por acuerdo de las partes: el *pactum de non praestanda evictione* libera de responsabilidad por evicción al vendedor frente al posible ejercicio de la *actio empti* con tal propósito por parte del comprador.

A pesar de la admisión de la *actio empti* con fines de garantía, persistió en la práctica el sistema estipulatorio, que continuó usándose en la época postclásica hasta Justiniano. Incluso se aprecia en la práctica postclásica la tendencia, dudosamente clásica, de agravar con promesas estipulatorias la responsabilidad del vendedor. En contra de ello reacciona Justiniano estableciendo el principio de que la indemnización no puede superar el doble del valor originario de la *merx*, sistema que supone un eco lejano del régimen clásico.

VII. Garantía por vicios ocultos

Los ediles tenían a su cargo particularmente la *cura annonae* y la *cura urbis*, por lo que les incumbía la vigilancia de los mercados. En ejercicio de su *ius edicendi* regularon determinados aspectos de la contratación, dando lugar a la formación de un sector del *ius honorarium* con un edicto anual que con el tiempo se convirtió en traslaticio y Juliano lo sistematizó junto con el del pretor.

El edicto de los ediles contempló exclusivamente la compraventa de esclavos y de animales. El edicto de *mancipiisemundisvendundis* (D. 21. 1. 1. 1 y 38, pr.) obliga al vendedor de esclavos a declarar los vicios, entendiéndose por tales aquellos de carácter permanente, anteriores a la compraventa y que eliminaban o reducían sensiblemente la utilidad de la *merx*. Tales vicios son solo los *vitia corporis*; de los *vitia animi* solo se refiere el edicto al supuesto de que el *servus*

sea tendencialmente *fugitivus* y a que hubiera cometido delitos que lo someten a responsabilidad noxal. El término *vitium* comprende todos estos supuestos y presupone que sea oculto.

Una primera forma de garantía por los vicios de la *merx* era la estipulación. El edicto de los ediles contenía, en efecto, la fórmula de la *stipulatio duplae*, que el vendedor estaba obligado a prestar para garantizar la evicción y la ausencia de vicios en el esclavo. Si esta estipulación no se había celebrado, el comprador quedaría sin protección, pues la *actio empti* no podía ejercitarse ante los ediles. Con ese fin, esto es, como sanción de la obligación de *cavere* se dispuso en el edicto una *actio redhibitoria* ejercitable dentro del plazo de dos meses. Si el comprador no hizo uso de este recurso podía aún ejercitar durante seis meses otra acción redhibitoria, si se descubría el vicio. Esta acción podía concurrir electivamente con la *actio ex stipulatu* si el vendedor había prestado la *stipulatio duplae*, que, después de los seis meses, quedaría como el único recurso posible.

En un sistema como el romano que ignora incluso la regla de la resolución de los contratos por incumplimiento, la introducción de la acción redhibitoria suponía una innovación audaz, lo que explica el breve plazo durante el que podía ser intentada. El plazo de esta acción no se refiere a seis meses continuos, sino útiles, es decir, que comienzan a transcurrir desde el momento en que el comprador tuvo posibilidad de ejercitar la acción: *in sex mensibus, quibus de ea re experiundi potestas fuerit*. En consecuencia, no se computa el tiempo que el comprador estuvo *absens rei publicae causa*, o el de la ausencia del vendedor de su *domicilium*. Es, pues, un equívoco entender que los seis meses transcurren desde el descubrimiento de los vicios. Una particular atención dedicaron los ediles a determinar la forma en que, según la variedad de los acuerdos, debía practicarse la *redhibitio* del esclavo y la restitución del precio: el comprador deberá pagar el equivalente de los daños que él o sus subordinados causaron al esclavo y restituir las adquisiciones derivadas de su actividad, así como también los frutos percibidos mediante su arrendamiento.

Junto a la cláusula del edicto relativa a los esclavos, contenía otra cláusula referente a los animales, si bien más breve en los puntos en que era posible una aplicación analógica del régimen relativo a los esclavos. Esta segunda cláusula contenía dos acciones: una *redhibitoria* y una *actio quanti minoris* o *quo minoris cum venirent fuerint*, ejercitable dentro del año. Esta última acción responde a la finalidad de que el comprador puede tener interés en ocasiones en conservar el animal a pesar del vicio descubierto, exigiendo solo la restitución de una parte del precio, lo que puede ser también preferible para el vendedor.

El régimen de las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* fue extendido por los justinianos a cualquier *merx*, de lo que se derivó que la consignación de la misma exenta de vicios se convirtiera en una obligación nacida del mismo contrato, que podía ser exigida por la misma *actio empti*. Con ello, las estipulaciones de

exclusión de vicios no son ya necesarias para fundar la obligación de garantía, pues la *actio empti* es aplicable no solo si el vendedor silenció dolosamente los vicios de la *merx*, sino también si se comportó de buena fe: la *actio empti* es ejercitable tanto contra el vendedor *ignorans* como contra el *sciens*, salvo que en el primer caso deberá devolver al comprador solo la diferencia entre el precio pagado y el que habría ofrecido si hubiera conocido los vicios, mientras que en el segundo estará obligado por *omnia detrimenta*. El concurso entre la *actio redhibitoria* y la *actio empti*, dentro de los seis meses a partir del descubrimiento del vicio, se transforma en el derecho justinianeo en la facultad de elegir el comprador la finalidad de rescindir la venta o reclamar el *id quod interest*.

VIII. Pactos añadidos a la compraventa

Estas cláusulas, añadidas a la compraventa, suelen distinguirse según que sean establecidas en favor del vendedor o del comprador.

El único pacto reconocido en las fuentes en favor del comprador es el *pactum displicentiae*, en virtud del cual corresponde a aquel la facultad de rescindir el contrato si la cosa no resultara de su agrado. Un ejemplo de formulación de este pacto puede ser: “*Si Stichus infra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus sestertiiis*” (I. J. 3. 23. 4). En relación con la venta de esclavos, los ediles habían dado al comprador, contra el vendedor, mediando tal pacto, una *actio redhibitoria* dentro de los dos meses, si no se convino otra cosa por las partes. En favor del vendedor existen las siguientes:

a) *In diem addictio*: es una cláusula en virtud de la cual el vendedor puede rescindir el contrato si, dentro de un determinado plazo, encuentra una oferta mejor. La mejor oferta no se identifica, en efecto, necesariamente con un precio más elevado. Se puede reconocer una mejor oferta también si el nuevo comprador se compromete a pagar en un plazo más breve, o en un lugar más oportuno, o exigiendo menos garantía contra la evicción. La mejor oferta no hace decaer la venta *ipso iure*, sino que es preciso que el vendedor la acepte, lo que no puede hacer sin previa notificación al primer comprador, quien tiene la facultad de aceptar con prioridad el importe de la oferta del segundo comprador.

b) *Lex Commissoria*: es una cláusula en virtud de la cual el vendedor puede, si dentro de un cierto tiempo no es pagado el precio, considerar el contrato como no celebrado.

Respecto a la construcción dogmática de estas “reservas de resolución”, la doctrina moderna reconoce un movimiento de ideas a través de las cuales se pasó de una concepción de aquellas como condiciones suspensivas a su configuración como condiciones resolutorias. La doctrina según la cual la determinación del

carácter suspensivo o resolutorio de la condición depende de la voluntad de las partes parece postclásica.

La consideración de los pactos a que se ha aludido como condiciones suspensivas o resolutorias implica una serie de consecuencias prácticas de índole diversa, según sea una u otra la concepción que se adopte. El comprador bajo condición suspensiva, aunque por concesión del vendedor obtenga la posesión de la cosa, no la posee *ad usucapionem*, no hace suyos los frutos, no aporta los riesgos de la cosa comprada. Por el contrario, el comprador bajo condición resolutoria, desde el momento en que entra en posesión, comienza a usucapir por el título *pro emptore*, hace suyos los frutos y, según la regla del *periculum rei venditae*, está obligado a pagar el precio si la cosa perece antes de que el vendedor rescinda el contrato.

Bibliografía

Ankum, H. (1984). “Das Ziel der “actioempti” nachEviktion”. En *Sodalitas Guarino*. Nápoles: Jovene, 7, p. 3215 y ss.

Arangio Ruiz, V. (1954). *La compravendita in diritto romano*. Nápoles: Jovene, 2 vols.

Baldus, Ch. (1999). “Una actioneexperiridebet? Zur Klagenkonkurrenzbei Sachmängelnimrömischen Kaufrecht”. En *Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies*, 5, p. 20 y ss.

Bauer, M. (1998). “Periculumemtoris. Einedogmengeschichtliche Untersuchungzur GefahrtragungbeimKauf”. En *Revue Trimestrelle de Droit Civil et Etranger*. Berlín: Springer, 62, p. 260 y ss.

Calonge, A. (1963). *La compraventa de cosa futura*. Salamanca: Publicaciones de la Universidad de Salamanca.

Canelli, C. (1963). *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*. Milán: Cisalpina.

D' Ors, A. (1945). “In diem addictio”. En *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, 19, p. 193 y ss.

Donadío, N. (2004). *La tutela del compratore tra acciones aediliciae e actio empti*. Milán: Giuffré.

Ernst, M. (1998). “Di Vorgeschichte der ‘exceptio non adimpleticontractus’ imrömischen Rechtbis Justinian”. En *Festgabe Flume*, p. 1 y ss.

Ernst, M. (1982). “Periculumestemptoris”. En *Zeitschrift der SavignyStiftung (ZSS)*, 99, p. 163 y ss.

Gallo, F. (1960). *Il principio “emptio dominium transfertur” nel diritto pregiustiniano*. Milán: Giuffré.

Hernández-Tejero, L. (1994). “Pactos añadidos a la compraventa”. En *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga*. Madrid: Ramón Areces, p. 549 y ss.

Impallomeni, G. (1955). *L’Editto degli edili curuli*. Padua: Cedam.

Kasser, M. (1962). *Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la dogmática moderna*. Traducción de J. Miquel. Valladolid: Publicaciones de la Universidad de Valladolid.

Miquel, J. (1994). “Compraventa y transmisión de la propiedad”. En *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga*. Madrid: Ramón Areces, p. 573 y ss.

Mohino Manrique, A. M. (2006). *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*. Madrid: Publidisa.

Murga, J. (1984). “La ‘aestimatio Litis’ y el ‘pretiumrei’”. En *Sodalitas Guarino*. Nápoles: Jovene, 6, p. 2621 y ss.

Peters, H. (1986). “Periculumestemptoris”. En *Festgabe Kaser*. Viena-Colonia-Graz, p. 221 y ss.

Rascón, C. (2001). *Rescisión de los contratos por lesión*. León: Publicaciones de la Universidad de León.

Rodeghiero, A. (1998-1999). “In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica”. En *Buelltino dell’ Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, 40-41, p. 551 y ss.

Rodeghiero, A. (2004). *L’imputazione del pagamento: fondamenti e disciplina*. Padua: Cedam.

Rodeghiero, A. (2004). *Sull sinallagma genetico nell' emptio venditio classica*. Padua: Cedam.

Rodríguez Ennes, L. (2009). “La obligatio y sus fuentes”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2, p. 90-126.

Sargenti, M. (1960). *L' evizione nella compravendita romana*. Milán: Giuffré.

Talamanca, M. (1995). “Considerazioni sul ‘periculum rei venditae’”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 7, p. 217 y ss.

Talamanca, M. (1954). *Contributi allo studio delle vendite all' asta nel mondo classico*. Roma: Accademia Nazionale del Lincei.

Talamanca, M. (1993). “Vendita”. En *Enciclopedia del Diritto*, Milán: Giuffré, 46, p. 449 y ss.

Vacca, L. (1995). “Sulla responsabilità ‘ex empto’ del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 7, p. 297 y ss.

Voci, P. (1990). “Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano”. En *Iura. Rivista Internazionale de Diritto Romano*, 38, p. 72 y ss.

Wieacker, F. (1932). *Lex commissoria*. Berlín: Springer-Verlang.

Principios que rigen la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Una mirada romanista¹⁶⁷

Por Mirta Beatriz Álvarez¹⁶⁸

Resumen

En el presente trabajo se analizarán los principios de la responsabilidad parental enumerados en el artículo 639 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Para ello es necesario, primeramente, referirnos a la definición de patria potestad en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en las leyes que modificaron este instituto, para luego analizar la definición de responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial.

También haremos referencia a la *patria potestas* romana y a las limitaciones que fueron dándose en su desarrollo histórico.

¹⁶⁷ El presente trabajo se presenta en el marco del proyecto de investigación “Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial de la Nación” que se desarrolla en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina.

¹⁶⁸ Profesora Titular Ordinaria de Derecho Romano de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Flores. Investigadora categorizada.

I. Introducción

Bajo la influencia de los nuevos paradigmas (protectorio, no discriminatorio, de igualdad), el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina toma en cuenta la constitucionalización del derecho privado y, por ende, la comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Se advierte entonces un fuerte impacto en la protección de la persona humana, del niño, niña, adolescente en cuanto sujeto de derechos, el reconocimiento y protección a personas con capacidades diferentes, el reconocimiento de la capacidad progresiva, entre otros aspectos.¹⁶⁹

Esos nuevos paradigmas, que ya habían introducido cambios en el derecho de familia desde la doctrina, la jurisprudencia, y por el dictado de leyes específicas,¹⁷⁰ toman cuerpo en el Código Civil y Comercial, dando paso a la consolidación en un núcleo normativo de fondo que regulará las relaciones privadas de las personas, con un enfoque desde los derechos humanos.

En esta línea de pensamiento, se erige el principio *pro homine*, que –según Bidart Campos– es “... el principio que indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulta más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma”.

Tal como citan Lloveras y Salomón¹⁷¹ “... el principio *pro homine* y sus derivados son directrices jurídicas para hacer efectivos los derechos humanos de cada persona, tanto frente al Estado como en la trama de sus relaciones sociales, entre las que se encuentran las relaciones familiares...”.

En el ámbito de la niñez y adolescencia, el interés superior del niño es el principio y pauta rectora que debe presidir siempre toda situación que lo involucre, priorizándose frente a los intereses de los adultos y no resultando incompatible con el “interés familiar”. Éste más bien se complementa con aquel, no concibiéndose de manera aislada y en compartimento estanco con

¹⁶⁹ Yuba, G., *Abordaje de la responsabilidad parental en el nuevo Código Civil y Comercial. Aspectos generales. (Parte I)*. Citar: eDial DC1EF7 Publicado el: 5/5/2015. Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina.

¹⁷⁰ Tal el caso de la Ley de Salud Mental 26.657; Directivas anticipadas, Ley 26.529; Matrimonio igualitario, Ley 26.618; Ley 26.378 sobre Convención Int. De las personas con discapacidad; Ley 26.579 sobre Mayoría de edad; Ley 26061 sobre Protección Integral de niños, niñas y adolescentes; Ley de Fertilización Asistida 26.862; Ley 26.742 sobre Muerte Digna; Ley 26.743 de Identidad de género.

¹⁷¹ Citado por Lloveras, N. y Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 28.

el interés de los sujetos más vulnerables que conforman un grupo familiar: los niños y adolescentes.¹⁷²

El interés superior del niño como pauta o criterio rector en toda decisión que le atañe, el reconocimiento de la figura del adolescente puntualmente, el derecho a ser oído como expresión clásica del carácter de sujeto de derechos y de la capacidad progresiva, emergen como elementos vitales en una nueva manera de ver y de concebir la relación entre padres e hijos.¹⁷³

II. De la patria potestad a la responsabilidad parental

II. 1. *La patria potestas en Roma*

La *patria potestas*, tal y como es configurada en el derecho romano, es una institución propia de los ciudadanos romanos, no comparable a la de ningún otro pueblo. Así lo afirma Gayo I, 55: “Están en nuestra potestad, los hijos e hijas tenidos en nuestro legítimo matrimonio...”¹⁷⁴

El *paterfamilias* es la figura central al interior del esquema familiar romano. Es *paterfamilias* toda persona de sexo masculino que no se encuentra sometida a potestad ajena, independientemente del hecho que tenga o no hijos, o de la edad que posea.¹⁷⁵ La *patria potestas* es el poder que el derecho le reconoce al *paterfamilias* sobre sus hijos.

El poder del *paterfamilias* era unitario¹⁷⁶ y se extendía, en los primeros tiempos, a cosas y personas. Se trata de un poder vitalicio, que subsiste mientras el *pater* viva, sin interesar la edad del hijo,¹⁷⁷ salvo que lo libere, a través de la *emancipatio*.¹⁷⁸ La familia romana se configura en época arcaica, como un grupo de personas que viven bajo la potestad absoluta¹⁷⁹ del *paterfamilias*.

¹⁷² Mizrahi, M. (2013). “Actos trascendentes para la vida del hijo en el Proyecto de Código”. En *Revista La Ley* 145, p. 1.

¹⁷³ Yuba, G., *Abordaje...* cit.

¹⁷⁴ Fernández de Buján, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel, p. 118.

¹⁷⁵ Amunátegui Perelló, C. (2009). *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*. Madrid: Dykinson, p. 43.

¹⁷⁶ Talamanca, M. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, p. 120.

¹⁷⁷ Di Pietro, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 294: “Pero ni el matrimonio de ellos, ni el hecho que ocuparan magistraturas, ponía fin a la *patria potestas*”.

¹⁷⁸ Schulz, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch, p. 142 ss.

¹⁷⁹ Talamanca, M, *Istituzioni...* cit., p. 120: “Il potere del *paterfamilias sui descendenti non conosce limiti sul piano del diritto privato: lasciando da parte l’ampia articolazione concreta,*

La *patria potestas* comprende:

a) El *ius vitae et necis*, es decir, el derecho de vida y de muerte sobre los hijos mencionado en la Ley de las XII Tablas (IV, 2)¹⁸⁰ y que se mantuvo durante todo el período clásico.¹⁸¹ Los emperadores clásicos restringieron su ejercicio.¹⁸² Constantino lo menciona incluso como vigente en su época¹⁸³ y fue suprimido por Valentiniano y Valente.

b) El *ius exponendi*, el derecho a exponer al recién nacido, es decir, no admitirlo en la familia para el caso de no aceptar al recién nacido o no aceptar la atribución de paternidad.¹⁸⁴ Este derecho fue abolido por Valentiniano.¹⁸⁵

esso può venir sintetizzato nel diritto di disporre della vita della persona soggetta a potestà (ius vitae ac necis), analogo a quello che aveva sullo schiavo, nel connesso ius exponendi, en el ius vendendi”

¹⁸⁰ Amunátegui Perelló, C. *Origen de los poderes del paterfamilias...*, cit., p. 260, resume: “... podemos afirmar que el *ius vitae necisque* consiste en la facultad que detenta el *paterfamilias* de matar a sus descendientes sometidos a la *patria potestas*. Si bien no está limitado a situaciones específicas, sino que tiene un carácter general, para recibir una legítima aplicación ha de estar amparado por una causa justa o apropiada, pudiendo encontrarse ésta completamente acreditada ante la opinión pública o ser necesaria su acreditación, para lo cual puede proceder a nombrar un *consilium* que lo asesore y justifique de cara a la opinión pública, o actuar de manera cuasi judicial en solitario, escuchando testimonios y recibiendo pruebas...”

¹⁸¹ Pugliese, G. (1991). *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: Giappichelli, p. 378, confirma esta afirmación citando el fragmento de Marciano en D. 48, 9, 5 y afirma: “La condanna del padre, uccisore del figlio, pronunciata dall’imperatore Adriano, era dovuta al modo in cui l’uccisione era avvenuta, non alla negazione dell’*ius vitae necisque potestas*. Questa doveva essere l’esercizio del potere punitivo, debitamente giustificato e in qualche modo controllato, non un’arbitraia manifestazione di violenza. Il passo di Marciano, quindi, conferma la persistenza di quella *potestas*, ma ne sottolinea la natura di potere giuridico repressivo e ne delimita l’esercizio”.

¹⁸² Di Pietro, A. *Derecho...*, cit., p. 295, afirma: “La muerte del *filius* por el *pater* será considerada *parricidium* por Constantino (C. 9, 17, 1; año 319). Valentiniano y Valente (C. 9, 15, 1; año 365) permite la corrección normal de los hijos, aunque para el castigo de faltas graves, había que recurrir a los jueces. Finalmente, Justiniano declara abolido el ‘derecho de vida y muerte’ (C. 8, 47 [46] 10).

¹⁸³ Talamanca, M. *Istituzioni...* cit., p. 121, sostiene. “È solo con Constantino che, secondo l’opinione piú diffusa, in sé considerata l’uccisione del figlio è repressa come un omicidio”.

¹⁸⁴ Di Pietro, A. *Derecho...* cit., p. 295.

c) El *ius vendendi* que le permitía vender a sus hijos. Cuando lo vendía en el extranjero *trans tiberium*, el hijo vendido se convertía en esclavo. Estas ventas cayeron rápidamente en desuso. Cuando lo vendía dentro de las fronteras, el hijo quedaba en una situación especial conocida como *in mancipium*. Estas ventas se limitaron en el período clásico, pero se restablecieron en el período post clásico debido a la crisis económica.¹⁸⁶

En relación con el carácter absoluto de la potestad paterna en los tiempos primitivos,¹⁸⁷ ha de señalarse que, en la práctica, su ejercicio venía limitado por las *mores maiorum*, y por la ritual consulta al tribunal denominado *iudicium domesticum*, que constituía una institución familiar consuetudinaria equilibradora del poder paterno, que normalmente se consultaba con carácter previo, antes de cualquier decisión sancionadora emitida por el *paterfamilias*. Otros elementos disuasorios del ejercicio abusivo de la potestad familiar fueron la nota censoria y el progresivo reforzamiento de la posición de los hijos sometidos a patria potestad, por la legislación imperial tal como se menciona en D. 37, 12, 5, en donde se afirma que el emperador Trajano obligó a un padre a que emancipara a un hijo al que maltrataba.¹⁸⁸

La primitiva concepción de la *patria potestas* evoluciona a lo largo de la historia de Roma.¹⁸⁹ La concepción cristiana del poder del padre sobre los hijos

¹⁸⁵ Pugliese afirma que la grave crisis económica del período postclásico no influyó en esta potestad que se había limitado en el período clásico. Di Pietro (p. 295) sostiene que Valentiniano castigó con una pena la exposición (C. 8, 52, 2; año 374). Y finalmente Justiniano declaró ilícita la exposición, y al hijo expuesto, *sui iuris* e ingenuo respecto de quien lo recogiera (C. 8, 52, 3; C. 1,4,24).

¹⁸⁶ Schulz, F. *Derecho Romano...*, cit., p. 144. Pugliese, G. *Istituzioni...*, cit., p. 811, menciona este hecho y lo atribuye a la grave crisis económica y a la extrema indigencia de muchas familias, que hacen que la venta de recién nacidos sea reconocida como sustancialmente lícita. Di Pietro (p. 296) sostiene que Justiniano también la admite en caso de gran indigencia del padre, concediéndoles también el poder de redimirlo por una suma de rescate o a transmisión de un esclavo (C. 4, 32, 2 intp. Del C. Th., 5, 10, 1).

¹⁸⁷ Pugliese, G. *Istituzioni...*, cit., p. 97, sostiene: "Il pater familias sarà stato, sotto l'aspetto religioso o ético-sociale ma con riflessi giuridici, impedito di esercitarlo in modo arbitrario; ma esso faceva nondimeno parte della patria potestas. Lo si desume senza ombra di dubio dal formulario dell'adrogatio riferito da Gell. 5, 19, 9, ivi infatti la descrizione sintetica della patria potestas, che l'arrogante acquistava sull'arrogato, include come suo elemento qualificante la vitae necisque potestas il, potere di vita e di morte".

¹⁸⁸ Fernández de Buján, A. *Derecho Privado...*, cit., p. 119. En el mismo sentido Di Pietro, A. *Derecho...* cit., p. 294.

influye en esta evolución y se van imponiendo serias restricciones a los poderes de los padres, así como se imponen obligaciones a su cargo. La *patria potestas* comienza a concebirse como un *officium*, es decir, como un deber de protección y de asistencia.

II. 2. La patria potestad en el Código de Vélez Sarsfield y sus modificaciones

Vélez Sarsfield definió a la patria potestad en el artículo 264 de la siguiente manera: “La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en la persona y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”.

En la nota al citado artículo, Vélez menciona al Proyecto de Goyena, Título 7, y la Partida 4, Título 17, Leyes 1 y 3 y la Partida 4, Título 20, Ley 3.

Efectivamente, García Goyena, en el Título VII denominado “De la Patria Potestad”, define la patria potestad como “el conjunto de derechos que la ley concede al padre en las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados” y realiza un recorrido histórico de lo que significó la institución para los romanos primitivos y cómo luego fue reducido el derecho de vender los hijos (C. 4, 45, 2) y el derecho de vida y de muerte (C. 8. 47 [46], 3 y 4). Hace referencia también a la Partida 4, Título 17, Leyes 1 y 8 y al Fuero Juzgo.¹⁹⁰

La Ley 10.903 rectificó el concepto, definiendo a la patria potestad como “el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, desde la concepción y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

No ha de creerse, sin embargo –afirma Borda– que el autor de nuestro Código (Vélez Sarsfield) pensara que los padres carecían de obligaciones. Una

¹⁸⁹ Amunátegui Perelló, C. *Origen de los poderes del paterfamilias...* cit., p. 106, cita un fragmento de Dionisio de Halicarnaso y sostiene: “En el fragmento encontramos cuatro normas diferentes que podemos conceptualizar de la siguiente manera: 1. Obligatorio criar a todos los hijos hombres. 2. Obligatorio criar a la primogénita mujer. 3. De aquéllos que han de ser criados de conformidad a los puntos 1 y 2, se prohíbe matarlos antes de cumplir tres años. 4. Permitido matar a los menores monstruosos, para lo cual deben cumplirse determinadas formalidades, como la presencia de cinco vecinos que ratifiquen su monstruosidad”. Y más adelante manifiesta que “la historicidad de la norma 3 es dudosa, puesto que no contamos con otras fuentes que corroboren su existencia.”

¹⁹⁰ García Goyena, F. (1851). *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica – Editorial, Tomo Primero, p. 153 y ss.

simple lectura de los artículos 267 y siguientes demuestra que no es así.¹⁹¹ Simplemente no se había incluido en la definición la palabra “obligaciones”.

Tanto la Ley 10.903 como las leyes 14.367 (art. 10) y 23.264 (art. 264) han insistido enfáticamente sobre los deberes paternos, cuyo incumplimiento trae aparejadas sanciones inclusive penales (Ley 13.944).¹⁹²

La Ley 23.264 define así la patria potestad: “Es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

La patria potestad en el derecho argentino es personal e intransferible y, en cuanto derecho, es eminentemente relativo.

II. 3. La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial

Una rápida lectura del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina nos acerca al primer cambio introducido: la modificación en lo terminológico. Ello indica la naturaleza del instituto en consonancia con el cambio de paradigma en materia de infancia introducido con el dictado de la Convención sobre los derechos del niño y su incorporación a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, reforma 1994).

Así, en el Código Civil se hablaba de “patria potestad” (art. 264) y en el Código Civil y Comercial se alude a la “responsabilidad parental” (art. 638).

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se expresa: “... *La palabra “potestad” de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “potestas” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente a satisfacer el interés superior del niño o adolescente. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos ordenamientos han cambiado la denominación de **patria potestad** por la de **autoridad parental**; otros por **responsabilidad parental** como acontece, por ejemplo, en el Reglamento del Consejo Europeo nro. 2201/03 del 27/03/2003 –también denominado “Nuevo Bruselas II”– se refiere a la “Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”;*

¹⁹¹ Borda, G. (2009). *Manual de Derecho Civil-Familia*. Avellaneda: Fondo Editorial de Derecho y Economía. 13ª edición, p. 328 y ss.

¹⁹² Borda, G. *Manual...*, cit., p. 329.

la ley 26.061 y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión “**responsabilidad familiar**” al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil...”.

Yuba¹⁹³ sostiene que se advierte que concebida la patria potestad como un “deber y derecho” de los padres sobre los bienes y persona del hijo menor de edad, orientada para su protección y formación integral (artículo 264 del Código Civil y Comercial), se da paso a una idea más amplia y comprometida con el aludido cambio de paradigma en materia de niñez que instaló la Convención de los Derechos del Niño. Y agrega que esto implica una resignificación de este instituto, denominado hoy *responsabilidad parental*, en tanto involucra al niño, niña o adolescente, teniendo la responsabilidad parental como función su protección, formación integral y su desarrollo.

El artículo 638 del Código Civil y Comercial la define de la siguiente manera: “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.¹⁹⁴

A pesar del cambio de nombre, la definición de responsabilidad parental del artículo 638 es prácticamente idéntica a la definición del artículo 246 del Código Civil con la reforma de la Ley 23.264. Solamente se ha modificado el término “padres” por el de “progenitores”,¹⁹⁵ por lo que entendemos que el cambio de paradigma es más una declaración que una realidad.

El término “responsabilidad” nos remite a la responsabilidad civil y el término “parental”¹⁹⁶ significa perteneciente o relativo a los padres o parientes, pese a los esfuerzos en doctrina por remarcar que el término responsabilidad parental no se vincula con la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de los hijos. Además, el término responsabilidad deja de lado el cúmulo de derechos o facultades que también forman parte del cuidado de los hijos.¹⁹⁷

¹⁹³ Yuba, *Abordaje...*, cit.

¹⁹⁴ Azpiri, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 391, afirma: “La denominación de ‘Responsabilidad parental’ que trae el Código Civil y Comercial debe ser ponderada porque refleja el carácter proteccional que tiene este instituto”.

¹⁹⁵ Azpiri, J. *Derecho...* cit., p. 393, sostiene: “El cambio de ‘padres’ por ‘progenitores’ resulta de la posibilidad de que la responsabilidad parental se encuentre en cabeza de personas del mismo sexo que han asumido ese emplazamiento”.

¹⁹⁶ Según el *Diccionario de la lengua española*, es un adjetivo.

¹⁹⁷ Ares Nogueira, A. y Vassallo, S. (2018). *De la patria potestad a la responsabilidad parental regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Cambio de paradigma?* (en prensa).

Los términos en derecho no son neutros.¹⁹⁸ Observamos en el capítulo 6º, titulado “Responsabilidad por el hecho de terceros, los artículos 1754 y 1755 que se refieren a la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos; y específicamente el artículo 1755 se titula “Cesación de la responsabilidad paterna”, lo que lleva a confusión con la responsabilidad parental.¹⁹⁹

III. Los principios de la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial

El artículo 639 del Código Civil y Comercial establece: “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 las 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”.

III. 1. El Interés superior del niño

El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño le otorga el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en

¹⁹⁸ Ghirardi, J., Bruzzone, J. y Micieli, L. (2017). *Raíces romanistas del Código Civil y Comercial Argentino*. Río Cuarto: Editorial de la Universidad Nacional de Río Cuarto, p. 95: “... la idea viene siendo la misma: velar por el interés de los que están sujetos a... sigámosla llamando ‘patria potestad’, para no despertar equívocos cambiando una denominación que lleva milenios.”

¹⁹⁹ Art. 1754. Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos; Art. 1755. Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643 (delegación del ejercicio de la responsabilidad parental)...”

lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo entiende fundamentalmente como un concepto dinámico y flexible, que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto que nutre al caso particular.²⁰⁰

La Observación General Nro. 14 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas determina que el interés superior del niño es un derecho sustantivo. Es decir, una consideración primordial que se tiene que tener en cuenta al ponderar distintos intereses haciendo efectiva la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados que es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

A su vez señala que es un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.²⁰¹

Y por último, determina que es una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

III. 2. La autonomía progresiva

El segundo principio que enumera el artículo 639 es el relativo a la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. Se establece que, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. Recordemos que en el artículo 25 del Código Civil y Comercial se establece que es menor de

²⁰⁰ Guzmán, N. (2016). "La motivación de la sentencia y el interés superior del niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia." En: DFyP 2016 (junio), 06/06/2016, 18 - DJ17/08/2016, 7. Cita Online: AR/DOC/1130/2016.

²⁰¹ En tal sentido, la doctrina señala que el visceral axioma de acuerdo al cual toda decisión recaída en la materia exige que deba primordialmente atenderse al interés superior del niño, como así la consideración de la necesidad de escucharlo y mensurar acabadamente su opinión, invitan a una reflexión jurídica revalorizada al compás de nuevos lineamientos. Valente, L. (24/2/2016). "La competencia del menor maduro." En *Rev. La Ley*, 2016-A, 1135.

edad la persona que no ha cumplido los 18 años y es adolescente la persona menor de edad que ha cumplido 13 años.

Se establece que el adolescente de entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provoquen un riesgo en su vida o integridad física. A partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (artículo 26).

La representación, asistencia y cooperación constituyen, pues, tres figuras graduales en función del desarrollo del niño. La representación sustituye la voluntad del niño, la asistencia acompaña su voluntad, prestando una conformidad o asentimiento y, finalmente, en la cooperación, la decisión la toma el niño, asentada en la contención y apoyo de sus representantes.²⁰²

III. 3. *El derecho a ser oído*

Es un derecho personalísimo del niño o adolescente que asegura su condición protagónica. Por consiguiente, la palabra del niño debe ser escuchada, en lo posible, de modo personal. Su palabra no es vinculante y debe valorarse con los demás elementos del juicio.²⁰³ Que vaya a ser oído y su opinión a ser tenida en cuenta según su grado de madurez, no implica que se tomará la decisión que el niño ha manifestado, pues el principio rector es el interés superior del niño

En este sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci oportunamente señaló que el derecho a ser oído no es un acto de parte ni un medio de prueba, es decir, es solo un derecho del niño, que no puede ser reivindicado para sí por ninguna de las partes del proceso.²⁰⁴

Sin duda, el reconocimiento expreso de las garantías mínimas en los procesos judiciales plantea nuevos debates. Señala Gozaíni que, cuando en el proceso aparecen intereses del niño y/o del adolescente, la relación jurídica originariamente pensada para dos queda impactada notoriamente, pues a ellos se los debe oír, y esa intervención no es de naturaleza probatoria (testimonial o informativa), menos aún llegan al proceso como terceros, ni se instalan como sujetos de un litisconsorcio (activo o pasivo). En consecuencia, el proceso deja

²⁰² Bueres, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 2, artículos 401-723, Relaciones de Familia. Buenos Aires: Hammurabi, p. 674.

²⁰³ Bueres, A., *Código...* cit., p. 675 y ss.

²⁰⁴ Kemelmajer de Carlucci, A. *El derecho constitucional del menor a ser oído*. RDPC 1994-172 y 173.

de ser bilateral, se triangula la relación jurídica procesal y, por vez primera en la historia del proceso visto como lucha, aparece en el ring un tercero con intereses singulares que deben ser atendidos, tutelados y protegidos.²⁰⁵

IV. Conclusiones

A modo de conclusión, debemos manifestar que lo expresado en los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación acerca de que "... la palabra 'potestad', de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la "*potestas*" del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica", no tiene un real fundamento. La *patria potestas* no podía ejercerse arbitrariamente, sino que tenía que contar con algún tipo de justificación en la tradición romana para ser aceptable.²⁰⁶

La institución evolucionó a lo largo de la historia de Roma²⁰⁷ y en D. 48, 9, 5, en un fragmento atribuido a Marciano, se menciona un principio de neta influencia estoica: "La *patria potestas* debe consistir en la *pietas*, no en la *atrocitas*".

Una diferencia que sí podemos destacar es que la *patria potestas* romana es, en principio, vitalicia, en cambio la patria potestad en la legislación argentina (o responsabilidad parental, en el Código Civil y Comercial) fue siempre concebida como temporal mientras dure la menor edad y no haya emancipación.

En relación a los principios enumerados en el artículo 639 del Código Civil y Comercial (principios explícitos), coincidimos con Solari²⁰⁸ en afirmar que bajo el nombre de "principios generales" se confunden tres conceptos distintos: principios, derechos y garantías. El interés superior del niño es un principio, la autonomía progresiva es un derecho; mientras que el derecho a ser oído del niño, constituye un derecho y una garantía mínima.

²⁰⁵ La idea del proceso como lucha fue sostenida por Savigny, quien decía que era una pelea donde el arma utilizada se llamaba "derecho", en razón de que en el litigio no gana quien tiene derecho sino quien mejor lo sabe usar (conforme Gozaíni, O. [2009]. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 356. Ver también, del mismo autor, *El niño y el adolescente en el proceso*, LL 2012-D-600).

²⁰⁶ Amunátegui Perelló, C. *Origen de los poderes del paterfamilias...*, cit., p. 89.

²⁰⁷ Amunátegui Perelló, C. *Origen de los poderes del paterfamilias...*, cit., p. 383, concluye: "Las estructuras familiares han experimentado cambios significativos también, desde esquemas patriarcales fuertes hacia modelos de contenido más liberal e igualitario, lo que constituye un avance tan significativo como lo fue en su momento la decadencia de la *patria potestas* y la esclerosis de la familia agnaticia."

²⁰⁸ Solari, N. (2017). *Derecho de las familias*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, p. 637.

Y el interés superior del niño ya era un principio consagrado en nuestro sistema legal en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales (en este caso, la Convención de los Derechos del Niño) que dispone el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina, a partir de la reforma de 1994.

También encontramos principios generales implícitos en el sistema que no están enumerados.

¿Qué es un principio general? El Dr. Norberto Rinaldi define los principios generales del derecho como “normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión”.

¿Dónde se encuentran los principios generales? Siguiendo al Dr. Rinaldi, entendemos que los principios generales del derecho los podemos encontrar en el derecho romano entendido en su concepto más amplio, es decir, “el sistema jurídico elaborado por los romanos, recopilado por Justiniano, sistematizado y actualizado por las diversas escuelas romanísticas posteriores, recepcionado por las codificaciones modernas y que sirve de común denominador jurídico y cultural para la mayoría de los pueblos de la tierra”.²⁰⁹

²⁰⁹ Rinaldi, N. (2006). *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*. Buenos Aires: Edictum, pág. 139.

²¹⁰ Tafaro, S. (2009). “De los derechos del niño en la experiencia jurídica romana.” En *Revista de Derecho Privado*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3171407>, p. 182 y sostiene en p. 177: “... ciertamente en el derecho romano no existió un elenco de los “derechos de los niños” tal como se encuentra hoy previsto en los diferentes tratados y convenciones internacionales, pero se puede demostrar que los valores que fundamentan tales derechos sí se encontraban, en cambio, presentes en la experiencia jurídica romana, lo que permitía hablar, ya para la época, de un ‘derecho de nacer’ del concebido, cuya tutela se confiaba en forma concurrente a los *patres* y a la *civitas*; de un ‘derecho a la paternidad’ o derecho de ser acogido en la familia; de un ‘derecho al nombre’, con el cual el niño se identificaba en la colectividad y entraba oficialmente en la familia; de un ‘derecho a la crianza’, esto es, a ser alimentado y criado; además de otras disposiciones dirigidas a la protección jurídica de los niños, tales como la prohibición del trabajo forzado y la prohibición relativa a las convenciones sobre prestaciones laborales, así como el derecho del impúber a ser asistido y protegido por un tutor; sin que pueda perderse de vista, claro está, que tales ‘derechos’ no pueden ser valorados con base en nuestros esquemas, sino de acuerdo con la realidad jurídica de la experiencia romana, que se caracterizó por un *sistema abierto* de fuentes y que daría vida a principios de indiscutible civilidad jurídica correspondientes a la visión de una sociedad basada en las interacciones entre los derechos del individuo y las formaciones sociales (la primera entre todas, la familia)”.

Como sostiene Tafaro,²¹⁰ debe subrayarse que en el derecho romano la expectativa del niño de nacer y de vivir tenía raíces profundas y había contado con formas de tutela eficaces ya desde las Doce Tablas. Su proyección no puede valorarse con base en nuestros esquemas, sino de acuerdo con la realidad jurídica de la experiencia romana, caracterizada por un sistema abierto, en el cual la observancia de principios y la salvaguardia de derechos no derivaba de una sola fuente como en nuestros tiempos, en donde el derecho se funda en la estatualidad.

Proceso electoral romano en época republicana

Por Agustín Andrich²¹¹, Lourdes Llorvandi²¹² y Emerson Scrofono²¹³

Resumen

El trabajo muestra como fue el sistema electoral en la República romana, analizando principalmente quienes estaban legitimados para votar, en qué lugar se realizaban los sufragios, el sistema de votación existente, el tiempo y día de votación, los candidatos a ocupar cargos, y los inconvenientes que se podrían presentar en el sufragio. Todo ello confluye en un análisis sistemático de cada una de las instituciones presentes para llegar a una conclusión que es de suma importancia en tiempos actuales para la reflexión de las políticas de los sistemas electorales actuales.

Palabras clave: Derecho romano; elecciones; república .

²¹¹ Abogado, Notario (UCC). Profesor Adjunto de Derecho Romano y Derecho Privado I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Biale” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Adscripto de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Mail: aguandrich@hotmail.es.

²¹² Estudiante de Derecho en la Universidad Católica de Córdoba (UCC), Argentina. Ayudante de la Cátedra de Derecho Romano en UCC. Miembro del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Biale”. Mail: lourdesllorvandi@gmail.com.

²¹³ Estudiante de Derecho en la Universidad Católica de Córdoba (UCC), Argentina. Ayudante de las Cátedras de Derecho Romano, Pensamiento Filosófico y Derecho Penal I en UCC. Miembro del Instituto de Derecho Penal “Dr. Enrique A. Gavier” y del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Biale”. Mail: emersonscrofono@hotmail.com.

Abstract

The work shows how the electoral system was in the roman Republic, analyzing mainly those who were legitimized to vote, where the votes were held, the existing voting system, the time and day of voting, the candidates to occupy positions, and the inconveniences that could arise in the suffrage. All this comes together in a systematic analysis of each of the present institutions to reach a conclusion that is of great importance in current times for the reflection of the policies of the current electoral systems.

Keywords: Roman law; elections; republic.

I. Introducción

Cicerón dice: “República es cosa del pueblo; pueblo no es toda reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino sociedad formada bajo garantía de las leyes y con objeto de utilidad común”.

Todo pueblo es conjunción. Una conjunción que en un principio decidió asentarse en un lugar determinado para tener sus viviendas, creadas con sus propias manos, librando espacios para los templos y lugares de uso colectivo. Todo pueblo, con el devenir del tiempo debió regirse, para poder perdurar, por un gobierno. Es así que todo pueblo comenzó a ser según la naturaleza o voluntad de quien la gobierna.

La República romana se extendió desde el 509 a. C. —luego de la expulsión de Tarquino el Soberbio— hasta la llegada de Augusto para instaurar el Imperio, aproximadamente en el 27 a. C.

En la República, los ciudadanos votan, nombran a los magistrados supremos; son señores de las leyes, los juicios, de la guerra y de la paz, de su relación con otros pueblos, de su vida como miembros de Roma y del dinero. En la República, la gestión pertenece al pueblo. Si un pueblo libre elige a sus gobernantes y a su vez elige al más noble, la seguridad de la ciudad será inquebrantable (entiéndanse frente a esto las características de las magistraturas; entre las más representativas: periodicidad y no reelección inmediata).

Las verdaderas leyes, consideradas como recta razón congruente con la naturaleza, generales para todos, constantes y perdurables, quedaron grabadas en las XII Tablas de bronce e impulsaron con sus preceptos a cumplir el deber, reafirmando los tres principios de la vida en Roma: vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo, no dañar a otro. Sin embargo había algo más que la Ley de las XII Tablas y es lo que Cicerón denomina como “la razón común”, la razón

no escrita, que emana de la naturaleza y se conjuga con el derecho y la ley, encontrándose así por encima del mismo Estado y convirtiéndose entonces, en principios supremos y universales, los cuales no deben desdeñar la idea de justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”.

Encuéntrese en palabras de Croiset, que la caída de la monarquía en Roma fue propiamente una revolución aristocrática, destinada a afirmar la preponderancia de los *patres*, librándoles de la tutela incomoda de un jefe de vida. Ello sumado al factor inquietante que resultó ser la plebe, débil pero numerosa y organizada. La llegada del período republicano representó por lo menos una exaltación de caracteres que hacían a la importancia de los comicios (y la asamblea).

Los comicios y el Senado eran los órganos políticos que, por excelencia, representaban al *populus* romano. En la era republicana el Senado se convirtió en el centro del poder político, mientras que los comicios reservaron para sí un amplio cúmulo de funciones que expresaban de manera directa “la voz del pueblo”.

Los comicios fueron un sistema de representación democrática directo. El Senado estaba conformado por representantes del pueblo romano que tenían el deber de elevar y defender los intereses de sus electores.

Amplíense los conceptos a analizar en esta investigación, significando los términos que se aclaran a continuación.

República suele referirse a una forma de gobierno antitética a la monarquía, en la cual la soberanía reside absolutamente en el pueblo, y éste la ejerce directamente o a través de una serie de instituciones en la cual la delega. Su etimología viene del latín *res* (cosa) y *publica* (pública), “cosa pública” o “cosa común”.

Voto es una palabra que etimológicamente posee su derivación del latín, significando *votum* una promesa a los dioses, un ruego ardiente o un deseo, y a su vez deriva de *vovere* que significa prometer o desear. Tal como puede apreciarse, posee en primera instancia una connotación religiosa o teológica, pero puede extrapolarse al ámbito político, como sucede en la actualidad.

El *ius suffragii* o sufragio deriva del latín *suffragari*, que significa esencialmente votar por alguien. Es el dictamen acerca de un asunto público o acerca de la designación de persona para un cargo público.

Por último y en un sentido más amplio, la palabra elección deriva del latín *electio-electionis*, que significa la acción de elegir y ser elegido (elección pasiva y activa). Vinculada directamente con los conceptos republicanos y democráticos.

II. Desarrollo

II. 1. *El proceso electoral*

La expansión territorial, económica, social y política que detentaba Roma

en los tiempos de la República, que distaban de aquel pequeño conjunto de habitantes que la había poblado luego de su fundación, necesitaba insoslayablemente un sistema electoral capaz de arrojarle a los magistrados que desempeñarían cada una de las magistraturas.

Es menester aclarar que todos los hombres siempre que detentasen la calidad de libre y ciudadano²¹⁴ gozaban, dentro de la categoría de los derechos públicos, entre otros, a apelar a la pena capital por medio de la *ius provocatio at populum*,²¹⁵ el derecho a usar un nombre, contraer matrimonio legítimo, ejercer libremente el comercio y poder votar en los comicios para sancionar leyes o bien para elegir magistrados, proceso este último que se abordará.

a) De cómo se ejercía el derecho

El *ius suffragii* se constituye como el derecho a votar que poseían solo aquellos hombres ciudadanos (*cives*), ejercido como tales sin distinción de ocupación, aunque sí diferenciados por conjuntos de votantes, en general agrupados por la capacidad económica de cada uno, que otorgaba al grupo privilegio al voto, poniendo, como resultará en evidencia próximamente, la elección solo en manos de los más poderosos, que tendrán el poder de decisión.

Los ciudadanos aptos para ejercer el derecho a votos eran distribuidos, como en los sistemas actuales, en distritos: todos ellos en base a la posición territorial del sujeto (comicios por tribus). Se conformaron en un principio cuatro tribus²¹⁶ urbanas y dieciséis rústicas que pasado el tiempo se elevaron hasta llegar a un número de treinta y cinco. Pese a la independencia detentada por cada tribu —cuestión que es detectable a simple vista, ya que unas estaban compuestas en el ámbito urbano y otras tantas fuera del mismo— la actuación de éstas

²¹⁴ Los hombres pueden ser libres o esclavos, por razones claramente visibles aquellos últimos por detentar el carácter jurídico de “*res*” o cosa no podrán gozar el derecho a sufragar, careciendo por completo de capacidad de derecho. El hombre libre puede a su vez ser ciudadano romano y gozar todos los derechos públicos y privados que a estos les estaba reservado o bien extranjeros, gozando de mayores o menores privilegios jurídicos, según la vinculación existente entre Roma y su pueblo.

²¹⁵ Tema abordado con anterioridad en el trabajo titulado “*Ius provocatio at populum* como derecho del ciudadano romano. Evolución y análisis”, por Scrofono, Emerson; Llorvandi, Lourdes; y Bernardi, Agustina, ganador del primer puesto en el Congreso de Profesores de Derecho Romano llevado a cabo en el año 2017 en la Universidad del Salvador.

²¹⁶ Poseen una característica que hace a estos comicios que en el tiempo adquieran funciones legislativas, pues eran fáciles de convocar.

en el sistema electoral dista de la independencia y el actuar aislado y autónomo para configurar una unidad de voto o distrito único.²¹⁷

Destáquese que, además del sistema anterior creado por Servio Tulio, se configuró otro, los comicios²¹⁸ por centurias, que organizan a los ciudadanos en base a su riqueza. Se conformaron así un total de 193 centurias.²¹⁹

En el año 241 a. C. hubo una variación, ya que en esa época, existiendo 35 tribus, las centurias se calculaban sobre éstas, considerando dentro de la fortuna de los ciudadanos a los bienes muebles *nec mancipi*. Manteniéndose las 18 centurias de caballería, y las 5 fuera de clase, cada una de las 5 clases de infantería constaba de 70 centurias. Por la cual, el número total se eleva a 373, obteniéndose la mayoría absoluta (187 centurias) nunca antes de haber votado la tercera clase.

Cabe hacer mención –aunque breve y acotada por no poseer rol relevante en el transcurso de tiempo analizado– a otro sistema, cuya función y organización fue sutilmente relegada en tiempos de la República. Son los comicios por curias, que respondía a una agrupación por “*gens*” o gentilicia por curias.

b) De la voluntariedad del voto y las imposibilidades fácticas de practicarlo

El voto se configura totalmente como un derecho más que como una obligación, recálquese que no era obligatorio y no se encuentra en las fuentes legales

²¹⁷ Mismo sistema que establece actualmente la Constitución de la Nación Argentina en su artículo 94 sobre la forma de elección del Presidente y Vicepresidente.

²¹⁸ Cabe aclarar el concepto etimológico de esta palabra: comicios deriva del latín “*comitium*”, que significaba “el lugar a donde van todos juntos o asamblea”, estrechamente en relación con la palabra “*comes*” del mismo origen que significa “el que van con compañero”.

²¹⁹ La división establecida según el sistema de centurias responde a la necesidad imperante de igualación social entre patricios y plebeyos, fue la siguiente:

- *Caballería*: 18 centurias de ciudadanos que detentaban más de 100.000 ases

- *Infantería*:

- *Primera clase*: 80 centurias de ciudadanos de más de 100.000 ases.

- *Segunda clase*: 20 centurias de ciudadanos con más de 75.000 ases.

- 2 centurias de *artesanos*.

- *Tercera clase*: 20 centurias de ciudadanos con más de 50.000 ases.

- *Cuarta clase*: 20 centurias de ciudadanos con más de 25.000 ases.

- 2 centurias de *músicos*.

- *Quinta clase*: 30 centurias de ciudadanos con más de 12500 ases.

- 1 centuria de *proletarios*.

ningún tipo de medio sancionatorio sobre aquel que no lo ejercitara o se abstuviera de sufragar.

Muchas veces los ciudadanos estaban fácticamente imposibilitados de votar por los problemas que esto traía aparejado. Disípese la cuestión diciendo que, pese a la extensión territorial romana, el proceso electoral continuaba teniendo como única sede de voto la ciudad de Roma, con los concomitantes gastos que traía aparejado en aquel tiempo la movilización hasta este punto para votar. Se debe aludir a que en determinados años, y conforme a la actividad del magistrado, podían tener lugar en un mismo año varias convocatorias a los ciudadanos a realizar el voto. Del mismo modo muchas veces se producía una agotante prolongación del proceso eleccionario porque estas devenían anuladas o aplazadas y continuadas –o desarrolladas– en otra fecha.

c) Del lugar a donde sufragar

En cuanto al lugar en el cual se llevaba a cabo la asamblea, como se aclaró con antelación, éstas conservaban una rigurosa tradición que mandaban a celebrarse en el corazón urbano de Roma, específicamente al pie del Campidoglio. La atestiguación de imágenes que fueron legadas por estudiosos antiguos muestran que se trataba de una plaza cuadrada –o rectangular– de aproximadamente cincuenta metros llamada *Comitium* o Comicio, en cuyas tribunas se desplegaba el lugar reservado para cada ciudadano en específico: la parte más cercana al corazón de la asamblea, ocupada entre otros por embajadores extranjeros, el tribunal del pretor, etcétera. Posteriormente, y por influjo de los modelos griegos, el lugar del comicio tomó forma circular, tal como la que podemos apreciar hoy en monumentos históricos como el Coliseo.

d) Del sistema de votación

El sistema de votación, en el caso del voto por centurias, fue ampliamente criticado. Dividió a la ciudadanía según su riqueza, expresada en cantidad de Ases, otorgando a cada una de ellas un privilegio temporal en voto. Así, la clase de caballería era la primera en votar, expresando una unidad de 18 centurias de votos. Luego en la Infantería, solo la primera clase detentaba 80 centurias. En un cálculo sobre el total de centurias que predisponía el sistema (de 193) es fácilmente imaginable que bastaba la conformidad de los integrantes de estas dos para conseguir el triunfo en una elección. Esto sumado a, como se expresó preliminarmente, las dificultades para dirigirse al centro de votación, hacían de este sistema uno fácilmente corrompible, que devendrá posteriormente en

el delito del “*ambitus*”. Destáquese que la minoría que tenía en sus manos el poder de decisión era maniobrable y manipulable según el sistema de interés en juego.

Los ciudadanos que conformaban las últimas clases, y por ende con un diminuto privilegio temporal de voto, veían al derecho de sufragar simplemente como una utopía, dado a que difícilmente pudiesen manifestar sus opiniones (y en muchos casos ni se los convocaba a votar).

e) Del tiempo de la votación

En cuanto al tiempo de la elección, aclárese que esto depende de la vacante de la magistratura a elegir. Algunas —y la mayoría— poseían renovación anual, otras en un tiempo más prolongado.

En cuanto a las magistraturas ordinarias, se elegían a dos cónsules, el pretor y el cuestor, entre otras. Los censores, por ejemplo, se renovaban cada cinco años. Dependiendo de la magistratura, se abre el abanico de votantes, por ejemplo, a los magistrados del concilio de la Plebe los elegían los tribunos de la plebe; a los cónsules, pretores y censores los elegían los comicios centuriados; ediles, cuestores y magistrados extraordinarios eran elegidos por el comicios de tribus.

Ciertas elecciones se prologaban por largas jornadas en el tiempo, pero de ordinario éstas duraban de uno a tres días, según el “padrón” electoral disponible a ejercer el voto.

f) De los candidatos

En tiempo electoral, los candidatos debían portar la denominada toga “cándida”²²⁰ con el propósito de ser identificados como tales. Desde aquí, es menester señalar la importancia que ocupaba el magistrado saliente, que presentaba al pueblo o asamblea reunida los magistrados aspirantes y preguntaba al pueblo quiénes de esos podían o presentaban las calidades para ser electos. Esto traía en ciertas ocasiones algunos inconvenientes, profundizados cuanto mayor sea el número de votantes. Por ello en el devenir del desarrollo del sistema aparece en el año 62 a. C. la “*professio*” o declaración de candidatura, que venía realizada directamente por el aspirante a ocupar el cargo dentro de un término establecido por el magistrado saliente. Dicha declaración era controlada a fin

²²⁰ Bañada con cal, según informan las fuentes.

de decretar si cumplía con la nómina de requisitos para la vacante. Una vez aceptaba la *“professio”* o admisibilidad se daba un tiempo al electorado para reflexionar acerca de su voto, y a los posibles electos para desarrollar su propaganda electoral o darse a conocer al pueblo. La publicidad de estos adquirió el nombre de *“petitio”* (o pedido que realizaba éste al pueblo).

Luego de ocurrido ello, el magistrado que poseía la facultad, convocaba al pueblo dentro de la amplitud que la ley le otorgaba para hacerlo en caso de ocurrir una elección. Debía respetar los días excluidos (fastos y nefastos) e incluirlos dentro de los días comiciales (*comitiales*).

g) Del día de la votación

El día de la votación empezaba en el alba de la ciudad romana, casi aun de noche, en donde se esperaba al magistrado encargado de la organización y de presidir la asamblea, y en el *“Saepta”* o lugar sacro religioso se consultaba mediante adivinos la voluntad de los dioses (a través del vuelo de los pájaros o bien por las vísceras de algún animal). Si ésta era negativa la votación era trasladada a otro día que se establecía en el momento. Si era afirmativa se procedía a convocar a la asamblea.

El magistrado se disponía delante de un templo (o mueble colocado en el centro, que llevaba el nombre de *“tabernaculum”*). Se procedía a sonar las trompetas correspondientes para llamar a los ciudadanos (tal como era tradición hacer en el comienzo de batallas militares). Los ciudadanos se daban presencia en el lugar e iniciaba con ello la reunión preliminar en la cual los presentes se informaban de las condiciones generales del acto electoral, forma de votar, magistrados salientes, nuevas vacantes, candidatos a elegir. Posterior a ello el magistrado en forma de interrogante e individualmente a cada uno de ellos, procedía a preguntarles: “De los candidatos que has visto en la lista, ¿cuál quieres para ocupar el cargo de...?”. Posterior a este largo trayecto de la votación se desconcentraba la asamblea. Se procedía al escrutinio, y el presidente y encargado de la votación finalizado éste comunicaba el resultado final y la votación quedaba cerrada.

h) Inconveniencia o ilicitud de aspirar cargos

La institución de elección de candidatos no estuvo exenta de su régimen en materia penal. Aunque en un principio careció de legislación, no tardó en acaecer la necesidad de regular y restringir determinadas conductas que desvirtuaban tan importante suceso como lo es la elección de los gobernantes.

Primeramente, se consideró el hecho de cometer abusos al solicitar votos. El más común de ellos, la compra de votos, estaba incluido entre los crímenes capitales del antiguo orden jurídico republicano. A esta actividad se la denominaba “*ambitio*” o “*ambitus*”, que en otras palabras no es más que la aspiración y gestión ilegal para ocupar puestos públicos.

Así mismo, se empezaron a prescribir determinadas conductas que fueron sancionadas por diversas leyes, entre ellas, que los candidatos a cargos públicos no se presentaran en sitios públicos vestidos con hábitos especiales. Se prohibió a estos visitar los lugares de mercado, los sitios de reunión y las aldeas; del mismo modo se prohibió el influir en las elecciones, ya sea proporcionando electores, formas ilícitas de asociación, influjo sobre masas y corrupción de algunos hombres influyentes. Aquí podemos nombrar como leyes que intentaron atacar el *ambitus*, la Ley Cornelia de Sila (la cual determina un pretor para tratar el delito), la Calpurnia, la Tulia, la Licinia (termina por prohibir las asociaciones o *sodalicio* de grupos electorales), pero se le atribuye a la Ley Pompeya haber acabado con este crimen, mas también trajo aparejada la caída de la República.

So pena los castigos y leyes establecidas, nunca se consideró punible el auxilio o cooperación, o el hecho de dejarse corromper. Inclusive solo se estimó ilícito cuando el *ambitus* se llevaba a cabo por el propio candidato, mas no cuando lo realizaba un tercero en favor de éste.

Amén de la compra de voto existieron muchas formas de comisión del hecho punible, entre ellas los agasajos o donaciones dados a la ciudadanía, los festejos públicos, el sequito electoral, las asociaciones de candidatos, etc.

El principal problema que se encuentra en este delito del *ambitus* fue su penalidad, ya que en la generalidad fueron penas leves y moderadas por lo que no causaban un gran impacto social, y ellas generalmente fueron penas pecuniarias. Empero, cabría mencionar que tuvo un periodo en el que se agravó su pena, pero éste fue efímero ya que con la caída de la República la vigorosa competencia por conseguir cargos públicos cayó estrepitosamente. Así, la Ley Sila castigaba a esta conducta con la incapacidad para obtener cargos públicos por el término de diez años y la Ley Calpurnia, con la expulsión del Senado, la cual llevaba consigo la incapacidad perpetua para ocupar cargos y una pena pecuniaria. Por su parte, la Ley Tulia señala la pena de extrañamiento de Roma y de Italia por diez años; luego ésta se extiende a perpetuidad y finalmente el dictador César logra que pudieran volver los condenados por estos delitos al país.

III. Conclusión

La mejor forma de analizar cualquier institución es conociendo su historia, logrando entender cómo se formó, cómo fue en un principio y cómo es ahora. Particularmente la institución aquí tratada encuentra una gran correspondencia con la actualidad.

La elección de gobernantes en las manos del pueblo y la búsqueda de la representación del pueblo a través de estos no es más que lo que hoy se conoce como “democracia directa”, buscando que los candidatos electos representen la voz de todos los habitantes.

Para la votación, al igual que en Roma, se sigue dividiendo a la población según la posición territorial del sujeto. Sin embargo, se han suprimido la división económica y por clases de personas. Mas no se está a tal distancia de afirmar que con el voto de dos distritos (en Argentina, las provincias de Córdoba y Buenos Aires) se torna irrelevante la votación de las demás provincias, algo similar a lo que sucedía en aquellos tiempos con la división del sistema de centurias supra mencionado.

La existencia de personas que quieren ir en contra de la ley —o al menos buscando los vacíos legales para aprovecharse ellos en su beneficio personal— no distingue tiempos, por lo que siempre fue y será necesario regular acerca de la punibilidad de determinadas conductas que atentan contra el orden y la honestidad electoral. Muchos de los delitos como el fraude electoral ya estuvieron regulados en aquella época y siguen siendo regulados e incluso utilizados en la actualidad. Esto solo demuestra la palpable vigencia de muchos de los preceptos e instituciones adoptadas del extenso y magnífico régimen legal romano.

Entre las disimilitudes resaltan por excelencia los caracteres universal, obligatorio y secreto del voto actual. Diferente de Roma donde fueron solo para los hombres y no todos ellos sino los que integraban las clases mencionadas; donde más que una obligación fue un derecho y por tanto no fue punible el no ejercer su derecho de voto, distinto de hoy que es una obligación y su incumplimiento acarrea una sanción pecuniaria. Por último, quedó en el pasado la votación a viva voz y hoy se realiza por urnas cerradas y confidenciales.

Bibliografía

Diccionario jurídico con voces en latín (2007). Córdoba: Editorial Universitas-Jorge Sarmiento Editor.

Arangio-Ruiz, V. (1973). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma. Traducción de la 10° edición italiana.

Argüello, L. (1987). *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Asimov, I. (2011). *La República Romana*. Madrid: Alianza Editorial.

Barranco Aguirre, R. (1996). *Lecciones de introducción al derecho II*. Córdoba: Editorial Advocatus.

Beccaria, C. (2005). *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Editorial Libertadores.

Bonfante, P. (1943). *Historial del Derecho Romano*. Valencia: Editorial Revista de Derecho Privado. Vols. I y II.

Cabanellas de Torres, G. (2000). *Diccionario jurídico universitario*. Buenos Aires: Editorial Heliasta. Vol. II.

Caldera, R. (1996). *Derecho Romano, resúmenes*. Madrid-Caracas: Editorial Universidad de los Andes. Vol. I y II.

Cicerón, Marco Tulio. *De res publica*.

Croiset, A. (1911). *Las democracias antiguas*. Madrid: Librería Gutemberg.

Del Campo, S., Marsal, J. y Garmendia, J. (1975). *Diccionario de Ciencias Sociales*. Madrid: Editorial Instituto de Estudios Políticos.

Di Pietro, A. (2001). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Di Tella, T. (2001). *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*. Buenos Aires: Editorial Emece.

Diakov, V. (1966). *Historia de Roma*. México: Editorial Grijalbo.

Díaz Bautista, A. (1983). *La República Romana*. Murcia: Editorial Facultad de Derecho Universidad de Murcia.

Eurípides (1982). *Tragedias*. Barcelona: Biblioteca Gredos.

Fayt, C. (1980). *Pensamiento político en Roma*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.

Ferrero, G. (1946). *Grandeza y decadencia de Roma*. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte. Vol. I.

Frank, T. (1971). *Vida y literatura en la República Romana*. Buenos Aires: EUDEBA.

Fustel de Coulanges (1998). *La ciudad antigua*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.

García del Corral, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molina. Vol. I a VI.

Ghirardi, J. C. y Alba Crespo, J. J. (2015). *Manual de Derecho Romano*. Córdoba: Ediciones Eudecor.

Goldstein, R. (1993). *Diccionario de derecho penal y criminología*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Grimal, P. (1965). *La civilización romana*. Barcelona: Editorial Juventud.

Hearnshaw, F. (1937). *Historia de las ideas políticas*. Santiago de Chile: Editorial Extra Código.

Instituciones de Justiniano (1986). Lima: Mesa Redonda Editores.

Louzan de Solimano, N. (1979). *Curso de historia e instituciones del Derecho Romano*. Buenos Aires: 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. Madrid: Imprenta de Don José María Alonso.

Mojer, M. (1994). *La Ley de las Doce Tablas*. La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.

Mommsen, T. (1999). *Derecho penal Romano*. Bogotá: Editorial Temis S. A.

Mommsen, T. (1893). *Compendio del Derecho Público Romano*. Madrid: Editorial La España Moderna.

- Ortolán, M. (1847). *Instituciones de Justiniano*. Lima: Mesa Redonda Editores.
- Ortolán, M. (1848). *De las instituciones del Emperador Justiniano*. Traducido por Pérez de Anaya, D. Madrid: Librería de Leocadio López. Vol. I.
- Petit, E. (1917). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Traducido al español por Dres. Blousson, Thedy y Saenz. Buenos Aires: Editorial Valerio Abeledo. Vols. I y II.
- Ponssa de la Vega de Miguens, N. (1970). *Reglas de Ulpiano*. Buenos Aires: Editorial Lerner.
- Powell J. (2016). *M. Tullis Ciceronis: De Re Publica, De Legibus, Cato Maior de Senectute, Laelius de Amicitia*. Oxford: OUP Oxford.
- Rodríguez de Fonseca, D. (1872). *El Digesto del Emperador Justiniano*. Madrid: Imprenta de R. Vicente. Vol. III.
- Rolfo de Costamagna, M. L. (2001). *Derecho Romano II*. Córdoba: Ediciones del Copista.
- Tito Livio (1993). *Historia de Roma desde su fundación*. Madrid: Editorial Credo.
- Torré, A. (2003). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Vázquez, F. (1981). *Diccionario de derecho público*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Von Ihering, R. (2005). *El espíritu del Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. I a IV.
- Von Mayr, R. (1926). *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Editorial Labor. Vol. I y II.

La reinterpretación del principio del favor *debitoris* para resolver conflictos bioéticos

Por Susana Isabel Estrada²²¹

Resumen

El principio bioético de respeto por la persona, reformulado posteriormente como de autodeterminación, ha ido desplazando al paternalismo médico y otorgando un rol protagónico al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En el ejercicio de esa autonomía, en un marco de buena fe y equidad, es dable vincularlo con el principio del *“favor debitoris”*. Ambos se complementan, pero a la vez generan conflictos de intereses cuando las partes no se encuentran en una situación de igualdad, porque una de ellas ejerce una posición dominante respecto a la otra. En tales situaciones es de aplicación un sistema protectorio a una categoría de sujetos, llamados vulnerables por la bioética, considerados la parte débil de la relación, aunque no se encuentren conectados por un vínculo de mercado. Bastaría probar la inequidad surgida de situaciones abusivas para aplicarlo a otros escenarios de posición dominante, tal como es el caso de los vulnerables sometidos a la experimentación, cuando surgen conflictos de intereses entre el investigador y el sujeto de investigación, debiéndose resolver los dilemas bioéticos a favor de una de las partes.

Para ello se propone consagrar el principio del *favor debitoris* para resolver los conflictos en la investigación biomédica.

Palabras clave: Vulnerable; respeto; favor *debitoris*

²²¹ Prof. Asociada Derecho Romano a/c cátedra Universidad Católica Santiago del Estero; Prof. Asociada Derecho Romano, Universidad Nacional de Tucumán; Directora proyecto de investigación; Vocal ADRA-Miembro de AIDROM; Miembro de ASLA.

I. Introducción

A partir de la segunda mitad del siglo XX un nuevo modelo científico comenzó a regir la filosofía, la medicina, la moral, la política, el derecho, etc. En este último ese modelo se fue manifestando a través de un nuevo constitucionalismo referido a los derechos de la persona, en la defensa de la vida; la protección de la salud; el resguardo de la integridad y la intimidad; el respeto a la libertad; y la dignidad, como valor fundante. Al respecto vale citar aquí la opinión de Maglio que dice: “... los principios bioéticos se derivan de un axioma que no requiere justificación porque es genuinamente constitutivo: el ‘metaprincipio’ de la dignidad humana” (Maglio, 1998).²²²

En todos aquellos derechos el principio bioético de respeto por la persona, luego reformulado como de autodeterminación, ha ido desplazando al paternalismo médico y otorgando un rol protagónico al ejercicio de la autonomía de la voluntad que ya fuera objeto de una comunicación en este mismo ámbito académico, en la III Jornada Origen Romanístico de los Principios Generales del Derecho.²²³

En el ejercicio de la autonomía de la voluntad, en un marco de buena fe y equidad, se erige en custodia de dicha autonomía el principio del “*favor debitoris*”. Ambos ejercen entre sí pesos y contrapesos, cuando en las relaciones jurídicas surgen conflictos entre las partes y no hay un pie de igualdad, porque una ejerce una posición dominante con respecto a la otra. Por ello es de aplicación un sistema protectorio a una categoría de sujetos, considerados la parte débil de la relación, de quienes se predica una característica general de vulnerabilidad que determina una segregación sectorial de determinados sujetos. Es la situación que se plantea cuando en la investigación terapéutica o en el ensayo clínico surgen conflictos de intereses entre el investigador y el sujeto de investigación, y se deben resolver los dilemas bioéticos a favor de una de las partes en conflicto.

II. La impronta de los principios generales del derecho

Los principios generales del derecho cumplen, entre otras, una función integradora o supletoria, superadora de las lagunas del derecho. La verdadera

²²² Maglio, I. (1998). *Prevención de daños y abogacía hospitalaria*. Buenos Aires: Editorial Arkhetypo, p. 86.

²²³ Estrada, S. (2012). “La autonomía de la voluntad en las fuentes romanas y su proyección al derecho civil argentino”. En *Lecturas de Derecho Romano VI.*, Buenos Aires: Ediciones Edictum. Agosto 2012, p. 98 y ss.

utilidad de los principios generales del derecho radica en la posibilidad de superar cualquier obstáculo que se pudiera presentar en la búsqueda de la solución de conflictos jurídicos en general. Al respecto el profesor Del Vecchio sostenía:

(...) no hay interferencia alguna entre hombres, no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta. (...) Todas las ramas del saber y la misma jurisprudencia como ciencia teórica, ofrecen ejemplos de cuestiones debatidas durante siglos, y a pesar de ello no resueltas todavía y tal vez insolubles; pero a la pregunta *¿quid iuris?*, ¿cuál es el límite de mi derecho y del ajeno?, debe, en todo caso concreto, poder darse una respuesta, sin duda no infalible pero prácticamente definitiva (Del Vecchio, 1948).²²⁴

Estos principios que asoman por sobre el sistema jurídico, gravitan en la problemática de armonización de las normas en conflicto, supuesto bastante frecuente en los tiempos actuales, especialmente en los temas bioéticos. Por lo tanto otra de las funciones que cumplen los principios, es la función armonizadora. Y al respecto Del Vecchio al tratar de la armonización en la doctrina de los autores puntualizaba:

(...) El jurista no puede por lo tanto contentarse con reconocer la falta de un precepto legal en tal materia, (...). El jurista debe además encontrar una solución, que señale el límite en la oposición de voluntades contradictorias; y esto no puede hacerlo de otro modo que remontándose al principio general del respeto a la personalidad humana, y relacionando con él, aquella característica externa de la personalidad que constituye la fisonomía propia de cada una (...) (Del Vecchio, 1948).²²⁵

La integración y la armonización en el cumplimiento de su cometido no pueden permanecer ajena a una de las más trascendentes polémicas protagonizadas por las dos corrientes existentes en la doctrina: la del positivismo jurídico (positivista) y la de la escuela de derecho natural (iusnaturalista). Para la primera, derecho es el que ha sido sancionado por el legislador y respaldado por la fuerza pública, siendo irrelevante si se adecua o no a la moral vigente en esa sociedad; mejor si ello ocurre, pero si no es así, lo mismo es derecho. Frente a esta postura, crudamente realista del positivismo, la segunda corriente ubica el derecho en un orden más vasto, el moral, fuera del cual carece de sentido.

²²⁴ Del Vecchio, G. (1948). *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Editorial Boch, p. 41.

²²⁵ Del Vecchio, G., op. cit., p. 91.

Desde el momento que una ley contradice el bien común, la recta razón o la justicia, deja de ser derecho en sentido propio. En este criterio el derecho natural surge de la naturaleza humana y es revelado al hombre por la razón; por lo tanto es inmutable y universal. En esta postura nos enrolamos, y creemos que es válido aclararlo dado que hoy abundan ideas que se vienen plasmando absurdamente en la legislación en contravención con el derecho natural pero no por ello llegan a abolirlo. Este concepto está vastamente desarrollado por Cicerón en *De Legibus*:

Existe una Ley verdadera; es la recta razón congruente con la Naturaleza, la cual se extiende a todos los hombres y es constante y eterna (...). No ordena ni prohíbe en vano a los buenos, aunque no ejerce influencia en los malos. Es un crimen alterar esta Ley. Nada tiene derecho a derogarla en cualquiera de sus partes. Nadie puede abrogarla del todo. Ni el senado, ni el pueblo pueden eximirnos de su cumplimiento (Cicerón, 1989).²²⁶

La capacidad de expansión del derecho hacia otras disciplinas torna necesaria la heterointegración, movimiento imprescindible para la armonización de normas que mantienen su plena vigencia y cuando entran en conflicto requieren de nuevas respuestas jurídicas. Para ello es indispensable retornar a los principios generales del derecho, que son fruto de la herencia romanista, y ha sido una constante en la legislación de los países latinoamericanos en general y en nuestro derecho en particular. Sucesivas jornadas de derecho civil vienen reiterándolo. Nos retrotraemos a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil cuyas conclusiones más relevantes expresaban:

II) Los principios generales del derecho son normas axiológicas que, aún inexpresadas, tienen función similar a la de otras y valen para toda una materia (negocios jurídicos, propiedad, familia, responsabilidad civil, etc.), para toda una rama del derecho (civil, penal, administrativo, constitucional, etc.) o para toda la esfera de las relaciones jurídicas.

III) La referencia del legislador a los principios generales del derecho remite fundamentalmente a la obra de los jurisconsultos romanos, a la *iurisprudencia*, en la que se apoyan las modernas legislaciones. Ello es inexcusable con relación a los códigos civiles latinoamericanos por ser todos ellos de base romanista (Actas, 1987).²²⁷

²²⁶ Cicerón, M. T. (1989). *Las Leyes*. Madrid: Alianza Editorial, p. 41.

²²⁷ XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones de la comisión Nº 9, *Actas*, Buenos Aires, 1987.

Luego fue reiterado en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en las que se concluyó por unanimidad en que:

II) En Roma el *“iurisprudens”* estaba concernido de la realidad, conocía cada caso práctico superando la función de mero exégeta para dar la solución concreta a cada situación. De igual modo el jurista actual está obligado a conocer la realidad del país y de Latinoamérica para poder ser artífice de la integración que requiere la unidad jurídica pero en el contexto de las costumbres e idiosincrasia de cada pueblo. Es lo que los romanos llamaban “la unidad en la diversidad”.

III) Lo que cuenta, especialmente, es la vigencia de los “principios generales del derecho” que en nuestra realidad no son otros que los principios romanistas, (...) (Actas 1993).²²⁸

Las siguientes XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil arribaron entre otras a estas conclusiones que no vienen sino a reafirmar lo dicho en las anteriores:

V) (...) El Derecho Romano no es historia, ni tampoco un mero antecedente del derecho moderno. Por el contrario es la esencia viva y el denominador común del derecho vigente en la mayoría de los pueblos civilizados de Occidente.

VI) En el caso argentino recomendamos vivamente recurrir a soluciones romanas para enfrentar la problemática moderna y de este modo insertarnos con más facilidad en el inminente proceso de integración jurídica continental. (...) (Actas, 1995).²²⁹

En el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, el profesor Rinaldi reafirmó el origen romano de las codificaciones modernas y en especial de las latinoamericanas. En su ponencia sostuvo que los principios generales del derecho son:

(...) normas generales, es decir que no hay principios específicos de ninguna “rama” del derecho, sino que se entienden aplicables al derecho en su conjunto y unicidad (...).

²²⁸ XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones de la comisión N° 8, Derecho Romano, Actas, Tucumán, 1993.

²²⁹ XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones de la comisión N° 8, Derecho Romano, Actas, Mar del Plata, 1995.

(...) normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión.

(...) los Principios Generales del Derecho los podemos encontrar en el Derecho Romano entendido en su concepto más amplio, es decir, el sistema jurídico elaborado por los Romanos, recopilado por Justiniano, sistematizado y actualizado por las diversas escuelas romanísticas posteriores, recepcionado por las codificaciones modernas y que sirve de común denominador jurídico y cultural para la mayoría de los pueblos de la tierra. (Rinaldi, 2006).²³⁰

Concluye así su ponencia con una manifestación amplia y abarcativa, que denota a nuestro criterio una relectura, reinterpretación y reescritura de los principios romanos en los códigos modernos.

La relevancia de los principios romanistas como principios generales del derecho plasmada por los cultores del derecho en las legislaciones latinoamericanas ha sido destacada también por el ilustre romanista Pierángelo Catalano en la misma asamblea académica:

En América Latina no se padece la “enfermedad histórica” y podemos cultivar la historia “¡con finalidad de vida!” (he usado palabras de Nietzsche). Los romanistas latinoamericanos pueden fácilmente referirse a Gayo y Justiniano (D. 1. 2. 1.): de cada cosa el principio es “la parte más importante” (*potissimapars*). No el sistema (disuelto) en la historia sino, por el contrario, la historia (vital) en el sistema: (...). (Catalano, 2009).²³¹

No quedan dudas entonces que la doctrina argentina ha reconocido el origen romano de los principios generales del derecho, aunque el actual código civil y comercial haya renegado del derecho romano, lo que ello en nada ha empaldecido su perennidad.

²³⁰ Rinaldi, N. (2006). “En busca de una definición (... del concepto y contenido de los Principios Generales del Derecho)”. En *XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Actas*, en DVD RW (G:), Morelia, México, agosto de 2016.

²³¹ Catalano, P. (2009). “Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva romana latinoamericanista. A propósito del ‘bloque romano-indígena’: de Xapala 1974 a Morelia 2006”. *XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morelia, México, Agosto, 2006*. En *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*. Universidad Veracruzana, Facultad de Derecho, México, p. 30.

III. El principio del *favor debitoris* en las fuentes romanas

Si bien desde el primitivo derecho se reconoció la existencia del débil (el *nasciturus*, el impúber, la mujer, el enfermo mental, el pródigo) y por su incapacidad se les nombró representantes, tutela o curatela según los casos, tal representación no significó una protección por su debilidad personal, sino una protección para el patrimonio de la familia agnaticia. Por el contrario, en época del derecho arcaico, otro débil (el deudor) garantizaba la deuda contraída con su propio cuerpo, de ahí que el primer contrato antes de gestarse el sistema contractual romano fue el *nexum*. En virtud de este contrato el deudor quedaba anexo a la deuda y si no pagaba el acreedor podía ejercer sobre él la *manus inectio* que le permitía disponer según quisiera: llevárselo a su casa, someterlo a la esclavitud, venderlo, deportarlo, matarlo, encadenarlo. A esta práctica rigurosa puso fin la *lex Poetelia Papiria* en el año 326 a. C. cuando entre otras disposiciones prohibió la ejecución de sentencia sobre la persona del deudor y permitió solamente la ejecución sobre el patrimonio. Ésta se materializó mediante la *bonorumvenditio*, que si bien representó un avance en resguardo de la persona del deudor, traía aparejada la tacha de infamia porque aquel era despojado de todo el patrimonio que se vendía en bloque. Para remediar tal estado se instauró la *distractio bonorum* mediante la cual el deudor ya no era despojado de la totalidad de sus bienes, sino que se distraían los suficientes para subastarlos en detalle y efectivizar el pago de la sentencia.

Otros débiles (el cocontratante del *pater* cuando éste celebraba el negocio valiéndose del *filius* o del esclavo, el menor púber, el peregrino, el plebeyo) tampoco tuvieron protección, hasta que no llegó el pretor y advirtió la situación de inequidad en la que contrataban. Fue a partir de entonces que se le comenzó brindar protección a todos ellos.

Son abundantes los fragmentos, sobre todo del *Digesto*, que reafirman el principio de validez de los negocios jurídicos libremente acordados entre las partes, erigiendo así como principio rector el de la autonomía de la voluntad.

La evolución hacia la protección de la parte más débil de la relación, se dio en forma lenta y gradual hasta que llegada la época clásica por obra de los jurisconsultos se comenzó a reflejar en el *Corpus Iuris Civilis* un tratamiento más benigno hacia el deudor, aunque los romanos no elaboraron una teoría del principio del *favor debitoris*. Este solo se orientó a la interpretación de los contratos, con el objetivo de adecuar los efectos a los fines perseguidos por las partes al momento de su celebración. Y según diversos fragmentos de las fuentes, en caso de duda se debía optar por la solución menos rigurosa para el deudor.²³²

²³² Álvarez, M. (2010). "El *favor debitoris*: origen romanístico del principio de protección de la parte más débil". En *Lecturas de Derecho Romano V*. Buenos Aires: Ediciones Edictum, p. 7 y ss.

Partiendo de una casuística más general dice Ulpiano:

Ulpiano, libro XV ad Sabinum. -Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. (Dig. 50, 17, 9). Ulpiano, Comentarios a Sabino. -En las cosas obscuras nos atenemos siempre a lo que es menos. (García del Corral, 1892).²³³

Gayo también como norma general, introduce el concepto de *benignitas* en la interpretación de los legados y en comentarios al edicto urbano afirma:

Idem libro III de legatis ad Edictum urbicum. -Semper in dubiis benigniora praeferendasunt. (Dig. 50, 17, 56).

El mismo; Comentario al Edicto urbano sobre los legados, libro III. -En los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno. (García del Corral, 1892).²³⁴

Ahora bien desde una perspectiva contractual Ulpiano asevera lo siguiente:

Ulpianus libro XLV. ad Sabinum. -Semper in stipulationibus, et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est; aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua est, frequentatur. Quid ergo, si neque regiones mos appareat, qui avarius fuit? Ad id, quod minimum est, redigendasummaest. (Dig. 50, 17, 34).

Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XLV. -En las estipulaciones, y en los demás contratos, nos atenemos siempre a lo que se trató; o, si no apareciera lo que se trató, será consiguiente que nos atengamos a lo que es frecuente en la región en que se trató. Luego ¿qué se dirá, si no apareciera costumbre de la región, porque hubo diversidad? La suma ha de ser reducida al que sea su menor importe. (García del Corral, 1892).²³⁵

En materia de interpretación de la *stipulatio* los siguientes fragmentos seleccionados denotan una inclinación a favor del deudor:

In stipulationibus quum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretandasunt. (Dig. 45, 1, 38, 18).

²³³ García del Corral, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger*. Barcelona: Jaime Molinas Editor. Tomo III, p. 945.

²³⁴ *Ibidem*, T. III, p. 949.

²³⁵ *Ibidem*, T. III, p. 947.

Cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras deben ser interpretadas en contra del estipulante. (García del Corral, 1892).²³⁶

Idem, libro XXVI. Digestorum. -Quumquaeritur in stipulatione, quid actis, ambiguitas contra stipulatorem. (Dig. 34, 5, 26).

El mismo, Digesto, libro XXVI. -Cuando en una estipulación se duda cual sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra el que estipula. (García del Corral, 1892).²³⁷

El mismo Celso dirigido al estipulante dice:

Celsus libro XXXVIII Digestorum. -Quid quid adstringenda obligationis est, nisi, palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est; ad fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. (...). (Dig. 45, 1, 99).

Celso; Digesto libro XXXVIII. -Todo lo que tiene por objeto restringir la obligación, se ha de considerar del que promete, porque el estipulante fue libre de emplear con latitud las palabras. (...). (García del Corral, 1892).²³⁸

El título del fragmento que seleccionamos de Pomponio trata de la “Condición de lo no debido” y en tal sentido se debió interpretar el mismo.

Pomponius libro XXI ad Sabinum. -nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores. (Dig. 12, 6, 14).

Pomponio; comentarios a Sabino, libro XXI. - porque es equitativo naturalmente, que nadie se haga más rico con perjuicio de otro (García del Corral, 1892).²³⁹

El siguiente fragmento de las *Institutas* que refiere a la *bonorum cessio* contempla el beneficio de competencia a favor del deudor sin desproteger a los acreedores, porque no siempre puede ser el deudor la parte más débil de la relación jurídica.

40. *-Eum quoque qui creditoribus suis concessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere potest, creditores*

²³⁶ *Ibidem*, T. III, p. 529.

²³⁷ *Ibidem*, T. II, p. 702.

²³⁸ *Ibidem*, T. III, p. 544.

²³⁹ *Ibidem*, T. I, p. 708.

cum eo experiuntur; inhumanum enim erat, spoliatum fortunissimis in solidum damnari. (Inst. 4, 6, 40).

40. -También respecto de aquel que cedió sus bienes a sus acreedores, si después hubiera adquirido alguna cosa, que le produzca una utilidad suficiente, procedan los acreedores por la totalidad de lo que puede satisfacer; pues era inhumano que el despojado de su fortuna sea condenado en el total. (García del Corral, 1892).²⁴⁰

Diocleciano y Maximiano, en una constitución dirigida a Lupo en defensa del negocio jurídico afectado por lesión, se pronuncian en los siguientes términos en defensa de la parte más débil, sea acreedor o deudor, aunque tal principio no parece ser la regla para la rescisión de la compraventa, sino la excepción:

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Lupo. -Rem maioris pretii si tu velpatertius minoris pretii distraxerit humanum est, ut vel, pretium te restituente emptoribus, fundum, venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si emptore legerit, quod deest iusto pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii solutis sit.

PP. V. Kal. Nov. Diocletiano A. II. et Aristobulo Cons. (285). (Cod. 4, 44, 2).

Los emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos, a Lupo. -Si tu o tu padre hubiereis vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano, o que, restituyendo tu el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, o que, si el vendedor lo prefiere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del verdadero precio.

Publicada a 5 de las Calendas de Noviembre, bajo el segundo consulado de Diocleciano y el de Aristóbulo. (García del Corral, 1892).²⁴¹

Si bien se erigió como principio rector que la manifestación de la voluntad expresada libremente por las partes daba plena fuerza a las relaciones jurídicas, del análisis de los fragmentos transcritos y de la lectura coincidente de otros del *Corpus Iuris Civilis*, podemos advertir que se fue introduciendo paulatinamente la protección de la parte débil –sea deudor, sea acreedor– en la relación jurídica.

²⁴⁰ *Ibidem*, T. I, p. 144.

²⁴¹ *Ibidem*, T. IV, p. 508.

IV. El Código Civil y Comercial de 2015

En los fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, subtítulo “Aspectos valorativos”, apartado “Código de la igualdad”, se dice: “(...) el anteproyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables” (La Ley, 2012).²⁴²

Como declaración es plausible, pero a poco que se avanza en la lectura del articulado se advierte que solo es una mera declamación que no se aplica o que se aparenta aplicar sin hacerlo.

Partiendo para el análisis del artículo 19 sobre el comienzo de la existencia de la persona, el código también aparenta proteger a la persona por nacer desde el instante de la concepción. Pero excediendo el ejercicio de la autonomía de la voluntad, permite revocar el consentimiento dado para someterse a técnicas de reproducción humana asistida (artículos 560 y 561). En tal situación, el artículo 561 que regula la forma y requisitos del consentimiento reza: “(...) el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la implantación del embrión” (Código Civil y Comercial, 2015).²⁴³

La posibilidad de retractación del consentimiento prestado en este caso en particular, implica el desconocimiento del carácter de ser humano al embrión formado fuera del seno materno en el período previo a la implantación, lo que atenta contra el principio bioético del “respeto por la persona” desconociendo el supremo derecho, el derecho a la vida, y desprotegiendo al más vulnerable del género humano, el embrión no implantado. Este derecho armonizaba con la redacción originaria del artículo 19 que fijaba el comienzo de la existencia del concebido fuera del seno materno en el momento de la implantación, párrafo que fue luego suprimido del texto definitivo pero que quedó vigente tácitamente en virtud de lo establecido en los artículos 560 y 561. En igual sentido se redactó el artículo 7 de la Ley 26862/2013 de Reproducción Médicamente Asistida.

El código también, en aparente defensa de los vulnerables, en el artículo 11 introdujo el “abuso de posición dominante” pero con una aplicación específica a las relaciones de mercado y no extensivo a todo supuesto de posición dominante en las relaciones humanas. Pero bastaría probar la inequidad, algo que es de especial importancia cuando el ejercicio se genera por la estructuración de vínculos contractuales surgidos de situaciones jurídicas abusivas, para aplicarlo

²⁴² *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (2012). Buenos Aires: La Ley, p. 5.

²⁴³ *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (2015). 1°ed. CABA: Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica. Recuperado de www.saij.gob.ar.

a otros escenarios de posición dominante, tales como los vulnerables sometidos a la experimentación.

El sentido de justicia impone límites para el ejercicio de los derechos individuales. Por ello en íntima conexión el artículo 10 trata el abuso de derecho que se configura cuando un derecho es ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable, con aprovechamiento de unos y afectación de los derechos de otros.

Por su parte el artículo 17 que trata de los derechos sobre el cuerpo humano como declaración es loable, haciendo remisión a leyes especiales. Se evidencia en toda la legislación un tránsito de la regulación de los aspectos patrimoniales, que caracterizó al código de Vélez Sarsfield, hacia la regulación de los derechos personalísimos. No obstante merece los mismos reparos planteados *supra* respecto a la fundamentación del anteproyecto, ya que la remisión hecha en la parte final del artículo a la regulación contenida en leyes especiales contradice la protección sobre el cuerpo humano, a saber: de tal especificidad son leyes especiales –a las que alude el artículo 17– tales como la 25.673/2002 del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, la 26.529/2009 de Derechos del Paciente, historia clínica y consentimiento informado y su modificatoria la 26.742/2012 llamada de Muerte Digna y la 26.862/2013 de Reproducción Médicamente Asistida, por citar algunas de las vinculadas con el derecho a la vida. En todas ellas se evidencia un exacerbado ejercicio de la autonomía de la voluntad que se contraponen al respeto por la persona porque avasalla su dignidad, y en el ejercicio de esa autonomía, hasta atenta contra la vida propia y la ajena.

Al dictarse el Código Civil y Comercial vigente desde 2015 se mantuvo en términos generales los elementos para la ejecución del acto voluntario establecidos en el código de Vélez. El consentimiento brindado por el sujeto para que sea válido requiere una toma de decisión con voluntariedad y entendimiento. Se reputan actos voluntarios los otorgados con discernimiento, intención y libertad (artículo 260). El discernimiento es la aptitud para distinguir lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto. La intención estriba en el propósito de la voluntad en la ejecución de los actos conscientes. Y la libertad se manifiesta en la espontaneidad de la decisión, adoptada sin coacción²⁴⁴ ni dolo ni violencia sobre la persona.²⁴⁵

²⁴⁴ Al respecto advertía Locke que “Nadie debe ser obligado con la fuerza a renunciar a su propia opinión o a aceptar la opinión contraria a la propia, porque una coacción de ese género no puede producir ningún efecto real a los fines para los cuales se la emplea. La coacción no puede cambiar la mente de los hombres: solo puede obligarlos a ser hipócritas” (Locke, J. [1996]. *Saggio sulla tolleranza*. Bari: Laterza, p. 72).

²⁴⁵ Llambias J. (1989). *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 489.

La regulación de los “Derechos y actos personalísimos” en el libro 1°, título I, capítulo 3 (artículos 51 a 61 y 69), declara la inviolabilidad de la persona, el respeto a la dignidad y a la imagen. En relación a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, el código con buen criterio establece que están prohibidos los que ocasionen una disminución permanente de su integridad o sean contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona (artículo 56). La prohibición también se extendió a toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia (artículo 57).

Con relación específicamente a las investigaciones en seres humanos es la primera vez que en una norma de fondo se legisla sobre este tema tan sensible. El artículo 58 establece los requisitos exigidos para poder llevarlas a cabo y según el inciso f) exige: “(...) consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable; (...)” (Código Civil y Comercial, 2015).²⁴⁶

El artículo no precisa si está referida a la investigación terapéutica y asistencial o también a la experimentación biomédica con sujetos voluntarios sanos. Adviértase que la investigación terapéutica y el ensayo clínico tienen objetivos y características muy disímiles aunque al parecer se trate de un mismo proceder regido por el principio de autonomía, como se desprende de la redacción de los artículos 58 y 59. Para prácticas que se encuentren en estado de experimentación, el artículo 59 en los diez incisos ha plasmado los tres principios bioéticos. Así parecería que la requisitoria se ajusta al principio bioético de “respeto por la persona”, pero a poco que avanzamos en la lectura advertimos lo contrario. En el mentado artículo 59, que enumera los requisitos que debe contener el procedimiento del consentimiento informado, el inciso g) contempla el derecho del paciente terminal, con enfermedad irreversible o incurable a rechazar la hidratación y/o la alimentación entre otros medios de soporte vital, lo que comporta un claro supuesto de eutanasia pasiva.

En igual sentido se encuentra reglamentado el consentimiento informado en el artículo 1 de la ley 26.742/2012 llamada de Muerte Digna, modificatoria de la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. El artículo quedó redactado de la siguiente manera:

Modificase el inciso e) del artículo 2 de la ley 26529 [...] También podrán rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos

²⁴⁶ *Código Civil y Comercial de la Nación comentado 2015*, op. cit.

produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (Infojus: www.saij.gob.ar).²⁴⁷

Vemos así que ambos artículos, el del código civil y el de la ley especial, lejos de cumplir con el principio bioético del “respeto por la persona” y brindar protección a la parte débil de la relación, invocando una falsa piedad, conceden un abusivo ejercicio de la autonomía que atenta contra la propia vida o contra la de sus semejantes, y en tales circunstancias no será el propio paciente el que tome esa decisión, sino un tercero.

Consideración aparte merecen los artículos 25 y 26 que tratan del menor de edad y crean la categoría del “adolescente”, sin precisar de modo categórico cuál es la franja etaria que abarca, ya que entre el artículo 25 y el 26 *in fine* no habría una concordancia. Adviértase que para la bioética el menor de edad es considerado un sujeto vulnerable y para la legislación argentina se es menor de edad hasta los dieciocho años. De los precitados artículos se desprende que un menor de trece años puede decidir por sí mismo respecto de actos sobre su propio cuerpo sin intervención de sus progenitores y aún en caso de conflicto de intereses con ellos, con la asistencia de un tercero, letrado. Cabe aquí el interrogante: conforme al artículo 260 del Código Civil y Comercial, ¿un menor de trece años es competente para brindar un consentimiento con discernimiento, intención y libertad? En suma, lejos de proteger a la parte débil de la relación la norma deja abierta la posibilidad de que en algunas circunstancias quede en un estado de indefensión.

La provincia de Tucumán cuenta desde el año 1994 con la ley N° 6580 de investigaciones en seres humanos con una reglamentación bastante protectora del sujeto de experimentación y especial tratamiento para el concebido y el menor de edad, pero ahora ha quedado en desarmonía con el Código Civil, vigente desde 2015.

La proyección del principio romano del *favor debitoris* se reconoció en la incorporación al código, del contrato de consumo, en el libro 3°, título III, que ya tenía rango constitucional por el reconocimiento de la relación de consumo en el artículo 42 de la Constitución Nacional de 1994, con especial mención a la protección del usuario en la salud.

El artículo 1095, relativo a la interpretación del contrato de consumo, en consonancia con la que nos ofrece el Digesto, establece que sea en el sentido

²⁴⁷ Infojus: Sistema Argentino de Informática Jurídica. Recuperado de www.saij.gob.ar.

más favorable para el consumidor y cuando existen dudas se adopta la que sea menos gravosa

Javolenus, libro VII. Epistolarum. -Quoties nihil sine captione investigari potest, eligendum est, quod minimum habeat iniquitatis (Dig. 50, 17, 200).

Javoleno; Epistolas, libro VII. -Siempre que no se puede investigar alguna cosa sin padecer engaño, se ha de elegir lo que tenga menos iniquidad (García del Corral, 1892).²⁴⁸

En la modalidad del contrato que se celebra por adhesión las partes no negocian sus cláusulas, sino que una de ellas, el acreedor, redacta el contrato tipo, fundado en su mayor poder de negociación y predispone el contenido y el deudor suele adherirse y someterse a requisitos predefinidos.

En la regulación del código, en términos generales no es necesario ser un consumidor para estar protegido contra las cláusulas generales abusivas si se contrató bajo el sistema de cláusulas generales predispuestas. En tal sentido pareciera haberse redactado el artículo 1122, al consagrar que la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta a someterlos al control judicial.

En la interpretación del principio del *favor debitoris*, la palabra “deudor” no debe estar referida siempre al deudor en la relación jurídica, sino a la parte más débil de la relación, sin importar que sea ésta la que ocupe el rol de deudor o de acreedor, y por ende no debe circunscribirse a las relaciones de mercado como lo constriñe el artículo 11 del código. En tal sentido Sandro Schipani sostiene:

El *favor debitoris* ha tenido contenidos específicos y variables y una reinterpretación contemporánea que lo actualiza (ej. ya sea a favor del trabajador dependiente, ya del consumidor, etc.), tiene que ver con la tutela de los derechos humanos, derechos fundamentales (vida y familia, salud, etc.) a fin de evitar que la relación obligatoria conlleve la lesión de éstos (Schipani, 1997).²⁴⁹

Haciendo una reinterpretación continua del *favor debitoris* como dice Schipani, podemos llevarlo al ámbito de la salud y encuadrar las relaciones médico-paciente o investigador-sujeto de investigación dentro del contrato de consumo, no vista como una relación de mercado sino como una relación entre una

²⁴⁸ García del Corral, I., op. cit., T. III, p. 959.

²⁴⁹ Schipani, S. (1997). *Principios generales del derecho para un código tipo de los contratos*. Cuba. p. 169.

parte predisponente, con mayor poder de negociación y otra, débil –sujeto vulnerable, como lo llama la bioética– que asiente y suele someterse a requisitos predeterminados.

V. El favor *debitoris* para resolver dilemas éticos en la investigación terapéutica y en el ensayo clínico

El tema de los conflictos de intereses es tan vasto que la mirada de situaciones que pueden presentarse admite un análisis desde distintas aristas.²⁵⁰ Unas se vinculan con las variadas situaciones de vulnerabilidad del sujeto frente al predisponente que ostenta un mayor poder de negociación. Otras se relacionan con la pugna entre dos o más principios bioéticos, en cuyo caso la solución del conflicto no debe girar en torno a la elección de uno por sobre los otros, sino en la armonización de todos.

V. a) Posibles supuestos de conflicto de intereses

El conflicto de intereses tiene vinculación directa por un lado con la equidad, la transparencia, la confianza de la sociedad en la ciencia y, por el otro, con el compromiso por la promoción de transferencia de tecnología entre la investigación académica y el sector científico.

Para que exista conflicto de intereses se requiere que esos intereses sean incompatibles entre sí y que exista el riesgo que del comportamiento de una de las partes, se pueda derivar un daño efectivo o potencial a la parte más débil de la relación.

Todas las personas que intervienen en un protocolo de investigación persiguen algún interés. Si bien en principio se vislumbran solo dos partes, en realidad aparecen otros vínculos. El interés del investigador está unido al del laboratorio que lo patrocina y también al de la institución que avala su proyecto de investigación. En principio no son intereses contradictorios entre sí porque el objetivo de ambos es el progreso de la ciencia; sin embargo, cuando esos intereses entran en colisión, afloran los dilemas éticos.

Los conflictos de intereses pueden girar en torno de los sujetos intervinientes, (profesionales médicos, investigadores, hospitales, laboratorios, pacientes, poderes públicos, instituciones privadas, peritos).

²⁵⁰Al respecto nuestro trabajo Estrada, S. (2009). "Posibles conflictos éticos en la participación simultánea en ensayos clínicos e investigación terapéutica", leído en *XIV Jornadas argentinas y latinoamericanas de Bioética, Asociación Argentina de Bioética*. Buenos Aires.

A propósito de los laboratorios, hay múltiples actividades financiadas por la industria farmacéutica (obsequios, patrocinio de actividades culturales y científicas, a realización de seminarios, a congresos y conferencias, subvenciones a asociaciones profesionales), donde es muy difícil establecer el justo límite entre el patrocinador y el patrocinado para preservar a la parte débil (paciente-sujeto de investigación). También el financiamiento por parte de la industria farmacéutica de los experimentos con sujetos humanos provenientes de países pobres ha puesto en evidencia la necesidad de proteger a los provenientes de las comunidades más vulnerables.²⁵¹

Es por ello que las normas internacionales y la legislación interna de algunos países prohíben que en los ensayos clínicos participen minorías que pertenezcan a población vulnerable.

Otra situación de conflicto surge entre el principio bioético de beneficencia y el de utilidad, cuando se reclutan sujetos sanos para llevar adelante el ensayo clínico. El principio de utilidad persigue el progreso de la ciencia y la obtención de beneficios para el conjunto de la sociedad en el plano de la salud, más que el bienestar individual de un sujeto concreto, a quién se somete al nuevo tratamiento solo para ensayar en él sus efectos. En el ensayo clínico no hay certeza respecto de la eficacia curativa mientras los sujetos están siendo sometidos a la experimentación, justamente porque no se conocen los resultados. Y la relación riesgo-beneficio no necesariamente atiende al beneficio personal del sujeto de investigación, sino más bien a un menos definible “bien de la humanidad” que a veces no es tal.

Una variante de conflicto de intereses, quizás en la que más se potencia la marcada inferioridad del sujeto frente al investigador, es en la participación simultánea en ensayos clínicos e investigación terapéutica. Cuando el investigador que propone participar en un protocolo de investigación es el propio médico tratante del sujeto de investigación-paciente, el estado de indefensión del sujeto es mayor. Esta situación es recurrente en los pacientes que acuden a

²⁵¹ En 1930 en Tuskegee (estado de Alabama) se inició un estudio, bajo la supervisión del *United States Public Health Service*, dirigido por Klaus Tagliaferro, sobre una población de negros cuyo objetivo era ver la evolución natural de la sífilis en el hombre. El experimento duró cuarenta años entre 1939 y 1972, y aunque desde 1945 el uso de la penicilina estaba aceptado, no recibieron tratamiento y al cabo de un tiempo unos murieron por la enfermedad, otros por complicaciones y algunos transmitieron la enfermedad a sus descendientes. Entre los responsables figuraban personajes que habían ocupado cargos importantes, ministeriales e internacionales. Después de conocerse la verdad, habían sobrevivido sólo 8 personas, de las cuales 5 fueron recibidos por Clinton en 1997, quien les solicitó perdón en nombre del pueblo norteamericano. (Conf. medicina.udd.cl. Consultado el 03-03-2002).

los organismos públicos de salud donde son reclutados por el investigador. En tal caso se produce una tensión entre el trinomio que integran el respeto por la persona, el interés del profesional por llevar adelante su proyecto docente de investigación y el interés económico de las empresas patrocinadoras, en lo que va de suyo, que la parte más débil y vulnerable es el sujeto de investigación. En el supuesto descrito el sujeto (paciente) se siente coaccionado por el investigador (médico tratante) para aceptar participar en el ensayo. En otros casos acepta participar porque ha depositado toda su confianza en el profesional, debido a que, como él no se halla entrenado en la ciencia médica, depende de la información que su médico tratante le proporciona.

Al respecto la Declaración de la Asociación Médica Mundial adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, Junio 1964, en “Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos” dice:

(...) La responsabilidad de los seres humanos debe recaer siempre en una persona con capacitación médica, y nunca en los participantes de la investigación, aunque hayan otorgado su consentimiento. De lo contrario la implementación del consentimiento informado corre el riesgo de consistir solo en un formalismo desprovisto de sustancia ética (Asociación Médica Mundial, 1964).²⁵²

La vulnerabilidad surge del estado de necesidad en que se encuentra el sujeto para acceder a la prestación de salud ya que en la mayoría de los casos la única posibilidad que tiene de acceder a ella es mediante el ingreso a un protocolo de investigación. Y eso se debe a que no se implementan políticas de salud eficientes y eficaces que destinen recursos para ofrecer a toda la población los tratamientos alternativos ya aprobados. Por estas razones el sujeto se ve obligado a participar en una investigación en la que seguramente no ingresaría si contara con los medios económicos para afrontar un tratamiento de eficacia comprobada. En tales casos el paciente acepta participar en una investigación terapéutica de inciertos resultados, porque de esta manera puede recibir una atención personalizada, con mayor número de consultas, estudios complementarios, medicamentos, mayor seguimiento –debido a las exigencias del protocolo–, beneficios que no recibiría si no fuera participante de un protocolo de investigación. Además se ha establecido por disposición N° 12.792/2016 de ANMAT el acceso a los medicamentos post-estudio por parte de las personas participantes de los ensayos clínicos.

²⁵² Recuperado de www.fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm.

En las circunstancias descritas también se está quebrantando el principio bioético de justicia, específicamente el de justicia distributiva; el de beneficencia-no maleficencia para un vasto sector de la población; y también el principio precautorio, no enunciado por la bioética principialista norteamericana, pero sugerido en las recomendaciones del comité científico de la Sociedad Internacional de Bioética, en el Congreso Mundial de Bioética, (2000).²⁵³

Otro aspecto bastante controvertido de esta práctica es la selección de los investigadores, que son cautivados o conquistados por los intereses económicos en juego. Cuando se diseñan *trials* de investigación multicéntrica, atractivos para jóvenes profesionales que son preferidos no solo por sus condiciones académicas sino porque cuentan con un elevado número de sujetos (pacientes) para participar en un ensayo, captados en las instituciones públicas de salud. Es de tener presente que la mayoría de esta población está constituida por los llamados sujetos “vulnerables”,²⁵⁴ que generalmente revisten un nivel cultural exiguo, con una capacidad de discernimiento y libertad relativas, cuya disminución cobra mayor relevancia aún, al momento de tener que captar la información recibida y la envergadura de la decisión a tomar.

Estas metodologías representan una forma muy sutil de intromisión en la esfera íntima y privada del sujeto (artículo 19 de la Constitución Nacional) que quebranta el principio de autonomía.

V. b) Proceso de resolución de los conflictos

En todos los casos se plantea el cuestionamiento ético sobre si ese consentimiento es totalmente libre y con discernimiento pleno, o hay condicionamientos que lo relativizan. De hecho que este tema lleva ínsito una polémica de carácter ético con respecto a la titularidad de la decisión: ¿debe primar la voluntad del sujeto o del paciente (en caso de que se tenga que practicar en pacientes sin otra alternativa terapéutica) o la supuestamente bien calificada y mejor intencionada perspectiva de quien intenta llevar a cabo la intervención? El ejercicio pleno de la autonomía no es tal en la generalidad de estos casos debido a las condiciones de vulnerabilidad personal y social en las que

²⁵³ Congreso Mundial de Bioética, Gijón, España, 20-24 de Junio de 2000. Observaciones y recomendaciones del comité científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI).

²⁵⁴ Son considerados sujetos vulnerables para la bioética las mujeres, los niños, las embarazadas, las personas de escasos recursos, los privados de libertad, los que se encuentran en relación de subordinación. (Conf. Highton, E. y Wierzbica, S. [1991]. *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*. Buenos Aires: AD HOC S.R.L., p. 87).

se encuentra el sujeto que debe tomar tales decisiones, aunque sea plenamente capaz jurídicamente.²⁵⁵

El consentimiento informado es un proceso dialógico, con un elemento continuo de la relación entre los sujetos de investigación y los investigadores que a veces cumplen el doble rol de pacientes, unos, y dadores de salud, otros. La aparición del consentimiento informado ha generado un nuevo paradigma que requiere de un entrenamiento previo mutuo, por parte de los profesionales para aprender a compartir la información con los sujetos de investigación y por parte de éstos, para comenzar a desempeñar un rol activo participativo en la toma de decisiones relativas a su salud. Mediante una toma de conciencia por ambas partes se irá desechando la costumbre de considerar al consentimiento informado como un simple acto protocolar. En la interpretación y valoración del consentimiento informado puede desempeñar un rol trascendente el principio del *favor debitoris*.

En nuestro país tanto la doctrina como gran parte de la jurisprudencia han ido inclinándose a favor del criterio acerca del cual el consentimiento dado debe ir precedido de un proceso de información, de comprensión y de concientización previos a la manifestación de voluntad por parte del sujeto. La suscripción del formulario de consentimiento informado por sí sola, reviste escaso o nulo valor en el supuesto en que el sujeto pueda demostrar que ha recibido una información insuficiente, o que no la ha recibido.²⁵⁶

La investigación terapéutica y el ensayo clínico tienen objetivos y características muy disímiles, por lo que llevarlas adelante simultáneamente en los mismos sujetos genera conflictos de valores y a nuestro criterio torna antiético el proceder del profesional que desempeña el doble rol de investigador y de médico tratante a la vez, por la pugna de intereses en juego y por las características de los sujetos que participan de las investigaciones.

En tal sentido y con acertado criterio, la disposición 5341 de la ANMAT del año 2005 desaconsejaba la práctica simultánea. Mientras el sujeto del ensayo clínico está siendo sometido a la investigación no hay beneficencia, justamente porque no se conocen los resultados ni menos aún la eficacia del tratamiento. Podría

²⁵⁵ Competencia e incompetencia en sentido bioético no son sinónimos de capacidad e incapacidad en sentido jurídico. El criterio para considerar a un sujeto competente o incompetente debe estar regido en primer lugar por la autonomía individual y en segundo lugar por la razonabilidad de la decisión. La capacidad está referida a la cuestión de la decisión para un tratamiento médico y no la capacidad para los demás actos de la vida civil. (Cfr. Highton E. y Wierzba, S. [1991]. *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*. Buenos Aires: AD HOC S.R.L., p. 88 y 89).

²⁵⁶ Al respecto nuestro trabajo "Bioética y consentimiento informado". En *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores*, vol. 2, Buenos Aires, 2010, p. 27 y ss.

haber una perspectiva de utilidad a mediano o largo plazo cuando el sujeto salga del protocolo de investigación y forme parte del todo de la sociedad que se beneficiaría con dicha investigación, si la misma arrojara resultados favorables.

Estos dilemas éticos, algunos de los que surgen en torno a la parte débil en un ensayo clínico, se han puesto al descubierto en una causa relevante en nuestro país caratulada: “Glaxo Smith Kline Argentina S. A.-Abate Héctor-Tregnaghi Miguel s/infracción ley 16463/64”.²⁵⁷ En el caso la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (AMNAT) autorizó al laboratorio Glaxo a realizar un ensayo clínico para aprobar una vacuna antineumocócica, destinada a prevenir la neumonía adquirida de la comunidad y la otitis media aguda, estudio que se denominó COMPAS 109.563. El estudio se realizó en personas de ambos sexos menores de edad reclutadas en las provincias de Mendoza, San Juan y Santiago del Estero entre mediados de 2007 y principios de 2008.

Al realizarse las inspecciones de rutina para el seguimiento del ensayo clínico por parte de la ANMAT se detectaron incumplimientos de requisitos básicos a la ley de medicamentos, lo que generó como primera medida los respectivos sumarios administrativos en las tres provincias.

Sobre una población de siete mil niños menores de tres años vacunados se descubrieron entre las infracciones más relevantes: 1) falta de documentación relativa a historias clínicas; 2) falta de documentación sobre los antecedentes congénitos de los participantes; 3) falta de documentación respaldatoria de la filiación para justificar la representación legal de los menores; 4) falta de documentación de los criterios de elegibilidad y eliminación de pacientes; 5) falta de testigos en la obtención del consentimiento informado de los representantes legales analfabetos; 6) incumplimiento de los controles de seguridad; 7) falta de registro de los eventos adversos ocurridos durante el estudio; 8) vacunación de un niño cuya madre se había negado a que participara del estudio; etc. Como se advierte, todas ellas respecto a la parte vulnerable de la relación.

En los considerandos del fallo se puntualizaron los dilemas éticos surgidos del *modus operandi* utilizado para el reclutamiento de los sujetos participantes en el estudio, y en el decisorio se resolvieron los conflictos de intereses a favor de la parte débil de la relación.²⁵⁸

²⁵⁷ www.cij.gov.ar >Causa N° 925/2010Glaxo Smith Kline Argentina S.A.-Abate Héctor-Tregnaghi Miguel s/infracción ley 16463, Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 4, Secretaría 7. (Consultado el 20-09-18).

²⁵⁸ Al respecto el trabajo de Zini Haramboure, P. (2014). “Orígenes romanos del principio de protección del más débil y su proyección actual en el ámbito de la bioética”. En *Quinta Jornada sobre Orígenes romanísticos de los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 59-90, efectúa un minucioso análisis de cada uno de los considerandos del fallo en cuestión.

VI. Reflexión final

La creciente tensión que se genera entre el avance científico casi ilimitado y la necesidad de encauzar dichos avances por el camino del respeto por el derecho inviolable a la vida, a la dignidad y a la salud del ser humano desde el momento de la concepción hasta su fin natural, requiere inexorablemente de un marco regulatorio específico ya que las normas existentes son muy escasas y dispersas y cada vez menos defensoras de la vida. Esta problemática no solo abarca a las personas que participan en protocolos de investigación, sino a todos los miembros de la sociedad civil, potenciales sujetos de investigación, que por las características del vínculo que se genera siempre están en una situación de inferioridad y de vulnerabilidad. Este es un terreno que requiere tanta prudencia como firmeza, por lo que resulta imperioso contar con una legislación de investigaciones biomédicas en seres humanos en defensa de la parte débil de la relación.

Las escasas normas introducidas en el nuevo Código Civil y Comercial son insuficientes, reconocen el abuso de posición dominante solo a las relaciones de mercado y regularon un exceso de autonomía de la voluntad en algunos artículos, que dejan abierta la posibilidad de atentar contra la propia vida y la ajena, tal lo puntualizado en el análisis de los artículos respectivos. Además, a pesar del tiempo transcurrido no se han reglamentado los múltiples artículos que remiten “a lo que establezca una ley especial” que nunca se dictó. En definitiva casi diríamos que los principios aplicables a las investigaciones en seres humanos se circunscriben a la resolución 1480/2011 de la ANMAT.

Si bien el vacío legal se suple y se complementa con la aplicación de normas éticas de reconocimiento internacional tales como las declaraciones de Ginebra, Helsinki, Tokio, Sydney, Venecia, etc., las de la Asociación Médica Mundial, las pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos –conocidas como pautas CIOMS (*Council for International Organizations of Medical Science*)– las características geográficas, étnicas, políticas, socioeconómicas, culturales tornan indispensable una legislación nacional que adecúe las normas internacionales a la realidad de cada región.

El progreso técnico puede entrañar en algunos casos una regresión moral y el derecho que tiene las herramientas para impedirlo.

La perennidad de los principios romanistas se pone de manifiesto esta vez mediante una relectura, reinterpretación y reescritura del principio del *favor debitoris* en la interpretación del consentimiento informado esta particular materia de candente actualidad.

Bibliografía

Fuentes documentales

Cicerón, M. T. (1989). *Las Leyes*. Madrid: Alianza Editorial.

Código Civil y Comercial de la Nación comentado (2015). 1°ed. Buenos Aires: Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica. Recuperado de www.saij.gob.ar.

Declaración de Helsinki, Asociación Médica Mundial. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Recuperado de www.fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm.

García del Corral, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger*. Barcelona: Jaime Molinas Editor.

Ley 26742/2012 de Muerte digna. Infojus: Sistema Argentino de Informática Jurídica. Recuperado de www.saij.gob.ar.

Bibliografía específica

Abel Fabre, F. (1993). “Comités de bioética. Necesidad, estructura y funcionamiento institucional”. En *Labor hospitalaria*, vol. 229, p. 136-146, Buenos Aires.

Álvarez, M. (2010). “El *favor debitoris*: origen romanístico del principio de protección de la parte más débil”. En *Lecturas de Derecho Romano V*. Buenos Aires: Ediciones Edictum.

Arangio Ruiz, V. (1952), *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de J. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

Arias Ramos, J. (1947). *Derecho Romano*, Madrid: Revista de Derecho Privado.

Cabezuelo, A. (1998). *Derecho a la Intimidad*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch Monografías.

Catalano, P. (2009). “Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva romana latinoamericanista”. En *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, México, Universidad Veracruzana, Facultad de Derecho.

Conclusiones de la comisión N° 9 (1987). XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *Actas*, Buenos Aires.

Conclusiones de la comisión N° 8 Derecho Romano (1993). XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *Actas*, Tucumán.

Conclusiones de la comisión N° 8 Derecho Romano (1995). XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *Actas*, Mar del Plata.

Del Vecchio, G. (1948). *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Boch.

Estrada, S. (2009). “Posibles conflictos éticos en la participación simultánea en ensayos clínicos e investigación terapéutica”, leído en *XIV Jornadas argentinas y latinoamericanas de Bioética*. Asociación Argentina de Bioética, Buenos Aires.

Estrada, S. (2010). Bioética y consentimiento informado. En *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores*, vol. 2, Buenos Aires.

Estrada, S. (2012). “La autonomía de la voluntad en las fuentes romanas y su proyección al derecho civil argentino”. En *Lecturas de Derecho Romano VI*. Buenos Aires: Ediciones Edictum.

Goldschmidt, W. (1973). *Introducción Filosófica al Derecho*, 4° edición. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Gracia, D. (1990). *El primun non nocere como fundamento de la ética médica*. Madrid: Editorial Anzos Fuenlabrada.

Gracia, D. (1991). *Procedimiento de decisión en ética clínica*. Madrid: Eudema.

Herrans Ortiz, A. (1998). *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*. Madrid: Editorial Dykinson.

Highton, E. y Wierzba, S. (1991). *La relación médico-paciente, el consentimiento informado*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L.

Jonas, H. (1995). *Principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Editorial Herder.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2018). “Conflicto de intereses en la ciencia y la investigación”. En *JA XX Número Especial de Bioética*, III-3, Buenos Aires, p. 82-95.

Laín Entralgo, P. (1983). *La relación médico-enfermo*. Madrid: Alianza Universitaria.

La Ley (2012). Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires.

Locke, J. (1996). *Saggiosulla tolleranza*. Bari: Laterza.

Llambias J. (1989). *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Maglio, I. (1998). *Prevención de daños y abogacía hospitalaria*. Buenos Aires: Editorial Arkhetypo.

Mainz, C. (1892). *Curso de Derecho Romano*. Traducción de A. J. Pou y Ordinas. Barcelona: Molima.

Mommsen, T. (1955). *Historia de Roma*. Traducción de A. García Moreno. Madrid: Aguilar.

Observaciones y recomendaciones del comité científico de la Sociedad Internacional de Bioética (2000). Congreso Mundial de Bioética, *Actas*, Gijón, España.

Ortolán, M. (1912) *Instituciones del Emperador Justiniano*. Madrid: Francisco Pérez de Anaya y Francisco Pérez Rivas.

Revista Hospital Italiano de Buenos Aires, Junio 2008, volumen 28-1.

Rinaldi, N., (2006). “En busca de una definición (...del concepto y contenido de los Principios Generales del Derecho)”. En XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, *Actas*, Morelia, México.

Romeo Casabona, C. (1994). *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Schipani, S. (1997). *Principios generales del derecho para un código tipo de los contratos*. Cuba. Recuperado de www.edictum.com.ar.

Vázquez Ferreyra R. El consentimiento informado en la práctica médica, Doctrina. Recuperado de www.bioética.org/doctrina5.ht.

www.cij.gov.ar. Causa N° 925/2010 Glaxo Smith Kline Argentina S.A.-Abate Héctor-Tregnaghi Miguel s/infracción ley 16463, Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 4, Secretaría 7.

www.fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm

Vidal, S. (1999). “Competencia para la toma de decisiones en la práctica clínica”. En *J. A. número especial de Bioética*, II-2, Buenos Aires.

Zini Haramboure, P. (2014). “Orígenes romanos del principio de protección del más débil y su proyección actual en el ámbito de la bioética”. En *Quinta Jornada sobre Orígenes romanísticos de los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

Responsabilidad social universitaria en la Universidad Católica de Córdoba²⁵⁹

Por María Cristina Filippi²⁶⁰

Resumen

En el presente trabajo destacamos la importancia del derecho romano en la investigación donde iniciamos la misma analizando las instituciones romanas pasando por el derecho intermedio hasta llegar a la legislación actual, además en la Universidad Católica se vincula con la responsabilidad social universitaria, donde algunos de los profesores que participan en la investigación preparan a los estudiantes de derecho mediante seminarios donde se aborda la temática desde Roma a problemas actuales que comprometen el planeta como contaminación de las aguas, deforestación, entre otros temas, y luego de una evaluación a los alumnos exponen los temas en instituciones educativas para crear conciencia del cuidado del ambiente.

Palabras clave: Derecho romano; investigación; responsabilidad social universitaria.

²⁵⁹ Este trabajo es una reseña del proyecto de investigación (2016-2019) en curso y su articulación con la responsabilidad social universitaria que se desarrolla en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba dirigida por la suscripta.

²⁶⁰ Doctora en Derecho. Profesora Titular en la Universidad Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Investigadora Categoría III, SECYT. Presidente Emérita de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina. Email: cristinafilippi@arnet.com.ar.

Summary

In the present work we highlight the importance of roman law in research where we started the same by analyzing the roman institutions passing through the intermediate law until reaching the current legislation, in addition the Catholic University is linked to the social responsibility university, where some of the professors who participate in the research prepare law students through seminars where the subject is addressed from Rome to current problems that compromise the planet such as water pollution, deforestation among other issues and after an evaluation the students expose the topics in educational institutions to create awareness of the care of the environment.

Keywords: Roman law; research; university social responsibility.

I. Introducción

Cuando la Ley 26.994 sancionó el nuevo Código Civil y Comercial, muchos juristas dijeron que finalmente se habían dejado atrás instituciones arcaicas y vetustas. Que teníamos una legislación moderna adecuada a este nuevo ciclo y que habían quedado atrás los antecedentes romanos. Por eso hemos querido resaltar en la investigación, cuyo título es “Límites al dominio y su proyección al Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia en el cuidado del ambiente y en la Encíclica Papal Laudato Si”, el rol protagónico del derecho romano en el siglo XXI, donde continua siendo la base esencial de muchas de nuestras instituciones y además la vinculación de dicha investigación con la responsabilidad social universitaria, que consiste en la Universidad Católica de Córdoba que los estudiantes no emergen solamente dotados de un bagaje de conocimientos para su provecho individual, sino que tengan conciencia de su deber de restituir a la sociedad al menos parte de lo que la misma les brindó. Por esta razón los profesores de todas las facultades de dicha universidad tienen esta tarea, y la realizan introduciendo en los programas de sus materias la misma y proyectos vinculados a investigaciones como el que se describe adelante en este trabajo.

II. Breve explicación de la metodología empleada y contenido de la investigación

En este trabajo muy extenso trataremos de dar una breve explicación de cómo se dividió el equipo y exponer sintéticamente su contenido. Esta investigación

es interdisciplinaria con profesores no solo de Derecho Romano, sino de Derechos Reales y Privado VI.

Analizamos los límites al dominio desde sus orígenes en el derecho romano pasando por el derecho intermedio, el código velezano hasta llegar al Código Civil y Comercial de la Nación y determinada legislación a nivel Nacional sobre el cuidado del medio ambiente, y no podemos dejar de mencionar y vincular la Encíclica Papal Laudato Si.

Lo que se intenta demostrar en el trabajo es que no se podía hablar del medio ambiente en Roma, pero sí el romano sabía la importancia de cuidar lo que consideraba propio, la “*res publicae*” como se refiere Ulpiano²⁶¹ en el digesto a las que pertenecen la *pupulus*, considerado como comunidad políticamente organizada.

Si nos referimos a la fundación de Roma, los orígenes de la propiedad y sus límites se encuentran íntimamente vinculados a lo religioso. El objetivo del trabajo es tomar aspectos derivados de los límites al dominio con respecto a la propiedad derivados de la salubridad del agua y la tala ilícita.

La problemática del agua en la Roma antigua y luego su regulación legislativa a través de acciones interdictos y la tala ilícita de árboles como se encontraba en la Ley de las 12 Tablas y su evolución con otros supuestos en las fuentes, en el D. 47. 7. 5. pr²⁶² y D. 47. 7. 7. 2²⁶³ cuyas reclamaciones se resolvían en la *Lex Aquilia* y la *actio arborum furtim caesarum*, y también tratamos otros supuestos y variables en el daño de la flora tanto en árboles como en otra serie de plantas arbustivas. Luego en el derecho postclásico hacemos un estudio de daño ecológico y así junto a la tala aparecen los incendios de bosques recogidas de disposiciones imperiales. Existiendo tanta riqueza y abundancia en las fuentes con respecto a estos temas, se hace imposible mencionarlas a todas en esta breve síntesis.

También transitamos algunas disposiciones del derecho intermedio hasta nuestro Código Civil y Comercial de la Nación. En esta parte la forma de trabajo llevada a cabo es tomada desde 1871 –sanción de la Ley 340 Código Civil– hasta la actualidad con la sanción en el año 2014 de la Ley 269.94 Código Civil y Comercial. Posteriormente se realizó una investigación bajo la metodología exploratoria descriptiva de la legislación en el orden nacional y el orden provincial. Se circunscribieron a la zona sur, por tener ésta una importante extensión de territorio pero baja densidad de población y mayor concentración de riqueza en algunos pocos, y la zona centro, por ser la de mayor densidad de población y diversificación de las riquezas.

²⁶¹ D.50.16.15

²⁶² Ulpiano. *Comentarios a Sabino, libro XLII*.

²⁶³ Ulpiano. *Libro XXXVIII ad Edictum*.

También continuamos con la incidencia con la legislación del cuidado del medio ambiente y analizamos la Encíclica Papal Laudato Si, llamado que realiza el Papa Francisco al cuidado de la casa común.

III. Vinculación con la responsabilidad social universitaria

La investigación se encuentra vinculada con el proyecto bianual de responsabilidad social universitaria titulado “Informar y empoderar en instituciones educativas los límites a la propiedad privada”, coordinados por las cátedras de Derecho Romano, Derecho Reales y Privado VI, donde se realizaron diversas actividades consistentes en conferencias sobre temáticas como la “Tala de árboles y el régimen romano de los árboles”; “Límites al dominio en el código Civil y Comercial de la Nación”; “La cuestión del agua en la Encíclica Papal Laudato Si sobre el cuidado de la casa común”; “Decisión local con impacto global”, estos son algunos de los temas abordados. Luego los alumnos realizaron un trabajo grupal que fue evaluado, donde se observó el entusiasmo que despertó el tratamiento de los temas mencionados y su intención de colaborar y trabajar de manera conjunta y coordinada, a fin de seguir informando y educando a la población sobre este flagelo.

Además, contamos con la colaboración y compromiso de un colegio que es nuestro socio externo del proyecto de RSU y nos permitió por medio de los alumnos difundir la problemática ambiental, tema de la investigación donde se expuso sobre la contaminación de las aguas, el efecto de la tala en los árboles y la incidencia que tiene en la Encíclica Papal Laudato Si, a fin de que el alumnado pueda conjuntamente colaborar con la difusión de la situación actual a la sociedad en general.

El proyecto contó con la adhesión y beneplácito y declaración de interés general por parte del Concejo Deliberante de la ciudad de Córdoba, de la Legislatura de la Provincia de Córdoba y de la Agencia Córdoba Joven.

IV. Conclusión

La breve referencia al trabajo de investigación y su articulación con la RSU nos hace reflexionar en el rol importante del derecho romano en este siglo, donde la riqueza de sus fuentes son las raíces de muchas de las instituciones de la actualidad. La misión de los romanistas es justamente trabajar sobre ellas no solo en la enseñanza transmitida en los claustros docentes, sino también en otros espacios académicos como los descriptos y donde la participación de estudiantes es indispensable para que transmitan sus conocimientos adquiridos.

Por tal motivo, una demostración de ello es el trabajo de campo que incluyo como anexo de ayudantes alumnos de las cátedras de Derecho Romano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica que participaron y se involucraron activamente en estas actividades.

Es un logro importante el interés que despierta el estudio del derecho romano del cual debemos incentivar los docentes romanistas y de esta manera hacer un mínimo aporte para que continúe un legado importante en las nuevas generaciones.

V. Bibliografía

Alterini, J. (2000). *Acciones reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Alterini, J. y Alterini, I. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Arangio-Ruiz, V. (1943). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2ª edición italiana por Francisco de Pelsmaecker e Ibáñez. Madrid: Reus.

Arias, J. (1944). *Manual de Derecho Romano*. 2ª edición. Buenos Aires: Guillermo Kraft Editor.

Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. 3ª edición. Madrid: Reus.

Borda, G. (1992). *Derecho Civil-tratado de Derechos Reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Bueres, A. y Highton, E. (compiladores) (2004). *Código Civil comentado*. 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Código Civil Argentino (1883). 2ª edición oficial. Buenos Aires: Talleres Tipográficos La Pampa.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (1970). Madrid: Espasa Calpe.

Filippi M. C. (2009). *Un análisis crítico de la reforma agraria de los hermanos Tiberio Sempronio Graco y Cayo Sempronio Graco*. Córdoba: Editorial de la Universidad Católica de Córdoba.

Francisco, Papa. (2015). *Laudato Si, sobre el cuidado de la casa común*. Buenos Aires: Editorial San Pablo.

García Garrido, M. (1993). *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. 1º edición. Madrid: Editorial Dykinson.

Gayo (1997). *Institutas*. Traducción y anotación por Alfredo Di Pietro. 5º edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ghirardi J. C. y Alba Crespo J. J. (1999). *Manual de Derecho Romano*. Córdoba: Ediciones Eudecor S.R.L.

Highton, E., Mosset Iturraspe, J. y Paolantonio, M. (1995). *Reformas al derecho privado (ley 24.441)*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Iglesias, J. (1958). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. 4º edición. Barcelona: Ariel.

Justiniano (1898). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Traducción por Ildefonso García del Corral. Barcelona: Lex Nova.

Justiniano (1662). *Instituciones. Regulis Iuris ex Digestiis*. Maguntiae: Daniel Elsevirium.

Marco Tulio Cicerón (1908). *Obras Completas. Tópicos*. Tomo 1. Nabu Press: Madrid.

Maynz, C. (1892). *Curso de Derecho Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

Musto, N. (2000). *Derechos Reales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Papaño, R., Kiper C., Dillon, G. y Causse, J. (2004). *Derechos Reales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Paulo (1994). *Sentencias*. Traducción por Santos Caminos. San Miguel de Tucumán: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán.

Petit, E. (1926). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducción de la 9º edición francesa por José Fernández González. Madrid: Saturnino Calleja.

Reyes de España (1873). *Los Códigos Españoles*. 12 tomos. 2º edición. Madrid: Alonso de San Martín.

Rivera, J. y Medina, G. (dir.) (2014). *Código Civil y Comercial comentado*. Ley 26.994. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Salvat, R. (1962). *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*. 4º edición actualizada por Manuel J. Argañarás. Buenos Aires: Editorial TEA (Tipográfica Editora Argentina).

Ulpiano (1970). *Reglas*. Traducción de Nina Ponssa de la Vega de Miguens. Buenos Aires: Lerner.

Valdez, J. y Orchanski, B. (1969). *Derechos Reales-Lecciones*. Buenos Aires: Lerner.

Zamora Manzano, J. L. (2003). *Precedentes Romanos sobre el derecho ambiental*. Madrid: Editorial Edisofer

Trabajo de Campo

A lo largo de los meses que ya han transcurrido del año 2018, los ayudantes alumnos de la presente investigación Emerson Federico Scrofono²⁶⁴ y Lourdes María Llorvandi,²⁶⁵ con la ayuda y colaboración indispensable del profesor Agustín Andrich y las alumnas Valentina Alonso, Agustina Sol Bernardi y Casilda Orué, han diseñado y ejecutado un trabajo de campo que coadyuva a los fines del proyecto en su conjunto. Todo ello se ha realizado bajo la supervisión de la directora del proyecto investigativo Dra. María Cristina Filippi.

Se exponen a continuación los ejes analizados y sus conclusiones:

- **Total de encuestados:** 106 personas.

²⁶⁴ Estudiante de Derecho en la Universidad Católica de Córdoba (UCC), Argentina. Ayudante de las cátedras de Derecho Romano, Pensamiento Filosófico y Derecho Penal I en UCC. Miembro del Instituto de Derecho Penal “Dr. Enrique A. Gavier” y del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Biale”. Mail: emersonscrofono@hotmail.com.

²⁶⁵ Estudiante de Derecho en la Universidad Católica de Córdoba (UCC), Argentina. Ayudante de la cátedra de Derecho Romano en UCC. Miembro del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Biale”. Mail: lourdesllorvandi@gmail.com.

• **Preguntas realizadas:**

TRABAJO DE CAMPO

Edad:

Sexo:

Barrio:

1) ¿Realiza algún tipo de actos o participa de alguna campaña para el cuidado del medio ambiente? De ser afirmativa indique cual.

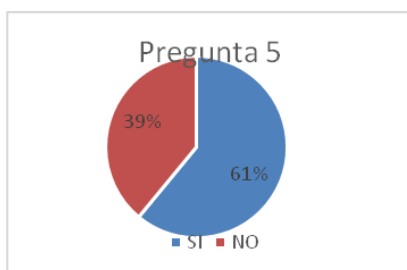
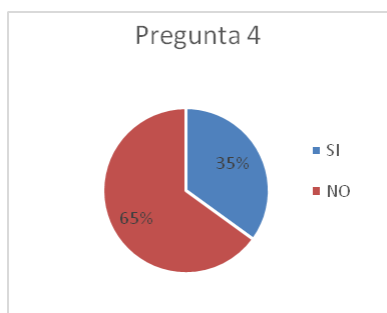
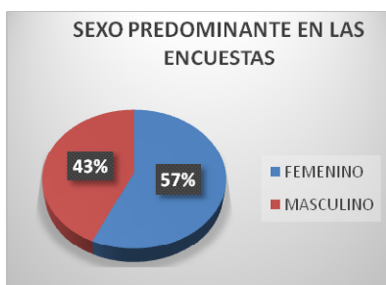
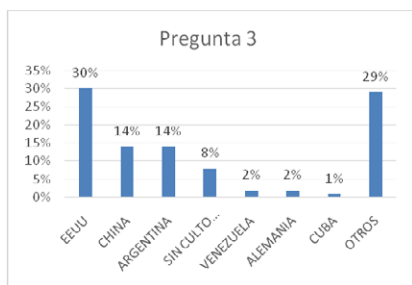
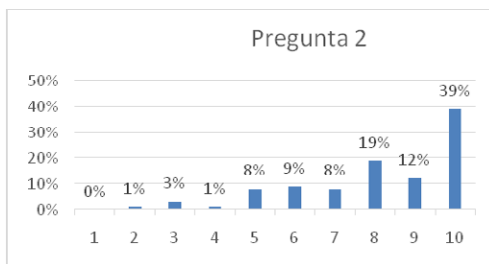
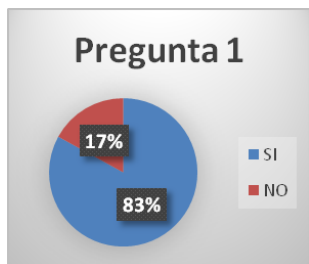
2) Del 1 al 10, ¿qué nivel de importancia le merece el tema de la tala de árboles en Argentina?

3) El Papa Francisco realizó un llamado urgente a la sociedad mundial para proteger el medio ambiente. ¿Usted piensa que algún Estado o país del mundo no cumplirá con su llamado? ¿Cuál?

4) ¿Piensa que las sanciones legales –por ejemplo, las multas– son eficientes en la Argentina para parar los efectos negativos de la contaminación ambiental?

5) ¿Ha recibido educación ambiental por medio de campañas ambientales, charlas informativas?

Los resultados obtenidos y los pertinentes gráficos de análisis se exponen a continuación:



Como corolario se han propuestos diversos análisis, entre ellos:

- ¿Qué relación existe entre Edad/Barrio/Sexo con la pregunta 1: “¿Realiza algún tipo de actos o participa de alguna campaña para el cuidado del medio ambiente?”.

1. Edad

De acuerdo a un análisis de las encuestas, las edades más encuestadas son entre un promedio de 18 a 35 años, de los cuales:

- El 85 %: Realiza algún tipo de acto o participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente.
- El 15 %: No realiza ningún tipo de acto ni participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente.

2. Barrio

El barrio más encuestado es Nueva Córdoba, dentro del cual:

- » El 21%: Realiza algún tipo de acto o participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente.
- » El 79%: No realiza ningún tipo de acto ni participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente.

Dentro de los demás barrios encuestados:

- » El 15%: Realiza algún tipo de acto ni participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente. Destacándose: Barrio Alberdi (localidad de Córdoba Capital), René Favalaro y Lote XV (localidad de Colonia Caroya)
- » El 85%: No realiza ningún tipo de acto ni participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente. Destacándose: Barrio Jardín, La Calera y General Paz (localidad de Córdoba Capital).

3. Sexo

Del total del género femenino encuestado:

- » El 13%: Realiza algún tipo de acto o participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente.
- » El 87%: No realiza ningún tipo de acto ni participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente.

Del total del género masculino encuestado:

- » El 18%: Realiza algún tipo de acto o participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente.
- » El 82%: No realiza ningún tipo de acto ni participa en alguna campaña para el cuidado del medio ambiente.

Conclusiones parciales del apartado:

Luego de un análisis íntegro de las respuestas, relacionado con la edad, sexo y barrio de los encuestados, se puede arribar a la conclusión que jóvenes/adultos dentro del rango de edad de 18 y 35 años, son los que poseen más iniciativa

para realizar actividades y campañas relativas al cuidado del medio ambiente, lo que quiere significar una mayor predisposición por parte de la sociedad más joven en materia medioambiental, en mira de las generaciones futuras, teniendo en cuenta la importancia de un desarrollo sustentable. Los resultados reflejan una mayor educación y cultura responsable en la utilización de recursos, por parte de las personas con menor edad, respecto de las personas mayores de hasta 74 años (mayor edad encuestada).

Además, es notoria la cantidad de jóvenes que residen en el barrio Nueva Córdoba, Córdoba Capital. Si bien la mayoría de residentes de este barrio que fueron encuestados no realiza actos ni participa en campañas para el cuidado del medio ambiente, un gran porcentaje –teniendo en cuenta íntegramente los resultados– refleja un compromiso con el cuidado de los recursos finitos, sobre todo la utilización moderada del agua. Otros barrios dentro de la provincia, como ser Barrio Alberdi, Lote XV y René Favaloro, demuestran igualmente un significativo compromiso con el cuidado del medio ambiente.

Finalmente, se concluye que, si bien el género masculino y femenino en su mayoría no realizan actividades o forman parte de campañas medioambientales, una parte de ellos sí lo hace. En los resultados se ve reflejada la tendencia del femenino (por encima del masculino) a participar en dichas actividades, participar en campañas, o al menos, realizar actos tendientes a economizar y utilizar responsablemente los recursos, incluso dentro del pequeño ámbito de sus propios hogares.

- Relaciones con la pregunta 2 (“Del 1 al 10, ¿qué nivel de importancia le merece el tema de la tala de árboles en Argentina?”). Tratamiento de planes de estudios. Análisis de noticias de actualidad con especial hincapié en audiencias públicas y leyes afines.

Planes de estudio: (solo de facultades ya que el 99% de los entrevistados superan los 18 años)

» UCC-Carrera Abogacía. Plan 2016: incluye la materia Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. Plan (1976): incluye la materia Derecho Agrario y Minero.

» UNC-Carrera Abogacía. Plan 2000: incluye la materia Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental.

» UCC-Carrera Ingeniería Civil. Incluye las materias: Gestión ambiental, Ingeniería sanitaria y Geografía física e hidrológica.

» UNC-Carrera Ingeniería Civil. A simple vista el plan no refiere a

materias orientadas de algún modo al ambiente. Sí incluye Hidrología.

» Instituto Mariano Moreno-Licenciatura en Turismo: Incluye las materias: Medio Ambiente y Recursos Naturales I y II, Patrimonio Turístico Regional y Patrimonio Turístico Universal.

Se han seleccionado planes de estudio con carreras amenas al tema que se está tratando ya que es muy difícil encontrar orientación ambiental y ecológica en todos los planes de estudio de todas las carreras. Para hacer alusión a lo referido y ejemplificarlo nómbrese las carreras de: Contador Público, Medicina, Odontología, Kinesiología, Psicología, Nutrición, Tractorado de Inglés, entre muchas otras.

Comparación: Imperio Romano y Argentina

» *Roma*: Está claro que no se puede afirmar que en Roma existía un “cuidado del medio ambiente” o “interés por el ambiente” propiamente dicho, pero sí se encuentra una fuerte y gran vinculación con lo que los romanos consideraban “*res publica*”.

Los romanos referían con la “*res publica*” a distintos conceptos: bienes de dominio público, el gobierno político o el propio Estado romano. Esta “cosa pública” abarcaba todos los asuntos que interesaban al Estado en aquellos ámbitos que excedían de las competencias familiares controladas por el pater.

Véase su definición:

Res publicae: eran las que pertenecían al pueblo romano (IG. 2.11), dentro de las cuales los juristas distinguían diversas especies en consideración a la protección que podían tener mediante interdictos, y tales eran las que, perteneciendo al pueblo romano, estaban destinadas, mediante un edicto especial llamado *publicatio*, al uso público (*quae publico usui destinatae sunt*), tales como las vías públicas o calles, los puentes, foros, plazas, teatros, baños y termas (D. 18.1.6.pr).

» *Argentina y Córdoba hoy*: La explotación masiva de los recursos de la tierra, teniendo en cuenta que éstos son infinitos e ilimitados, ha sido intensificada, cuestionada, destacada por la crisis ecológica que actualmente atravesamos. A las consecuencias medioambientales irreversibles deben sumársele toda una serie de políticas económicas gubernamentales que privilegiaban la ejecución de mega proyectos en detrimento del medio ambiente.

Sin ir más lejos, en Córdoba están en construcción de una serie de obras viales que unirán la denominada Variante Costa Azul con localidades

del norte de Punilla, entre las cuales se cuenta un puente de 300 metros que atravesará el lago San Roque en paralelo al paredón del dique. Esta iniciativa constituye, de acuerdo al Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos, una solución al congestionamiento vial en esa región, inconveniente que viene registrándose por el crecimiento de ciudades y también por la gran afluencia de turistas.

La tierra sigue apareciendo como sujeto oprimido y finito en el que se proyectan objetivos de desarrollo infinitos. La situación, pese a buscar constantes soluciones sociales (en este caso podríamos nombrar el intento de descongestionar el tránsito vial por la zona), no logra aliviar la crisis ecológica: se trata de pues del pulmón verde de la provincia y la principal fuente que nutre de agua a los diques cordobeses. Otro desafío ambiental que deberá tenerse en cuenta es su paso por el yacimiento de uranio Rodolfo, ubicado al este de Cosquín. Uno de los mayores miedos de los ambientalistas y ONGs es la especulación inmobiliaria que pueda surgir al respecto. Ellos advierten: “Todo camino nuevo se convierte en un polo de desarrollo. (...) Si bien una autovía es necesaria, también es necesario dar participación a la población y a colectivos multidisciplinares para planificar un correcto trazado de la autovía para no dañar las cuencas serranas, como ya ocurre con el Camino del Cuadrado”.

Las agrupaciones también han intentado hacerle saber a la población sobre los riesgos que se corren a raíz de la construcción de la nueva autovía: “Atropellaría reservas naturales, como la Camín Cosquín, cuencas de agua, el yacimiento de uranio Rodolfo, pueblos, parques naturales, ríos y balnearios, modificando completamente el paisaje serrano que nos identifica”, indica el texto. Y recordaron que ya existe un amparo ambiental contra la iniciada obra sobre la variante Costa Azul y el puente sobre el lago San Roque “pero en ningún momento se frenaron las máquinas que están aniquilando el bosque nativo”. Durante el mes de agosto los vecinos habían solicitado la intervención de la Policía Ambiental para labrar actas de infracción y suspender preventivamente la obra y también pedir la caducidad de la licencia por parte de la Secretaría de Ambiente porque se está modificando el proyecto que fue aprobado y licitado los fines de constatar la existencia de los desmontes ilegales.

San Francisco de Asís sostenía: “una relación en fraternidad con el medio entendiendo a la Creación como ‘otro’, como sujeto digno de reconocimiento y respeto; entendiendo a la tierra como sujeto que sufre, que es explotado y marginado”.

Es necesario pensar desde la ecología social: entender la tierra como sujeto sufriente dando paso a una nueva forma de entender el ser relacional del ser humano, pues se repiensa la relación ser humano- ambiente:

“lo social predomina sobre lo ambiental” porque se entiende que “lo ambiental incluye lo social”.

Audiencias públicas:

La tasa de deforestación en la Argentina es seis veces mayor que el promedio mundial²⁶⁶

(Publicado el 25/06/2007 en el diario Clarín).

A contrapelo de las exhortaciones de científicos y ambientalistas, en la Argentina se desmontan cada vez más bosques, y a mayor velocidad: entre 2002 y 2006, la deforestación creció casi un 42% respecto del período que va de 1998 a 2002.

Los datos de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación son preliminares, y aún no incluyen la provincia de Misiones ni los bosques de caldenes de La Pampa. Únicamente los andino-patagónicos se mantienen estables, y las masas de ñires se habrían extendido.

En 1998, cuando se realizó el “Primer Inventario Nacional de Bosques Nativos”, las selvas y montes de Salta, Chaco, Formosa, Santa Fe, Santiago del Estero y Córdoba sumaban 23.688.921 hectáreas. Apenas ocho años después habían perdido casi el 10%. Entre 1998 y 2002 desaparecieron 781.930 hectáreas. Pero en los últimos cuatro años, el proceso se acentuó y la tala arrasó con 1.108.669 hectáreas, en su gran mayoría, ahora con soja.

Con estas cifras, la tasa de deforestación de la Argentina —que mide el porcentaje de pérdida anual respecto de la superficie remanente— resulta seis veces más alta que el promedio mundial.

A cargo del relevamiento está la Unidad de Monitoreo del Sistema de Evaluación Forestal de la Dirección de Bosques, que coordina la ingeniera Celina Montenegro. Su equipo recibe las fotos satelitales de la Comisión Nacional de Actividades Espaciales, las procesa a formatos “legibles”, y les aporta la georreferenciación, lo que implica darles coordenadas, para establecer así las correlaciones entre las imágenes y los mapas.

“El avance más importante de la frontera agropecuaria se produjo en la región del Parque Chaqueño”, señala Montenegro. Santiago del Estero encabeza el ranking de desmonte: 515.228 hectáreas en estos cuatro años, lo que significa un 71,61%

²⁶⁶ Recuperado de https://www.clarin.com/sociedad/anos-desmonte-bosques-crecio-42_0_SJw7fteJOYx.html

más que entre 1998 y 2002. Las nuevas peladuras que se ven en los mapas satelitales se concentran en el este, el noroeste y el sur.

Pero la mayor aceleración se registra en Salta, donde, en este lapso, la desaparición de masa boscosa (414.934 hectáreas) fue un 113,45% mayor que entre 1998 y 2002. Sólo el departamento de Anta perdió 239.681 hectáreas.

El ritmo sigue incrementándose: Greenpeace relevó que, desde diciembre hasta la fecha, el gobierno salteño convocó a audiencias públicas para autorizar desmontes por un total de 195.941 hectáreas. “Ni siquiera se aprovechan los productos forestales, los árboles se arrancan de raíz”, observa el ingeniero Enrique Wabo.

El desmonte más intenso se produjo en la franja de transición entre el Parque Chaqueño y las Yungas. Pero en esta selva se observa también un descenso de la cubierta boscosa, que contribuyó a causar el desastre de Tartagal, la grave inundación producida en abril de 2006.

No es sólo la tala masiva lo que acarrea problemas ambientales y, por lo tanto, también económicos y sociales (ver Las consecuencias...). El informe final incluirá también datos sobre degradación de los bosques —cuando se extraen las especies más importantes, lo que reduce la diversidad— y sobre fragmentación, con consecuencias similares.

Pero el proyecto que impone restricciones al desmonte, sancionado por Diputados, está frenado por los senadores de ocho provincias, sobre todo Salta, Formosa y Misiones. Entretanto, se pierde un promedio de 821 hectáreas de bosques por día, es decir, 34 hectáreas por hora. “Con esta información —apunta Menéndez— estamos vacunando muy fuertemente a la opinión pública”.

Proyectos y leyes

Gobierno argentino lanza proyecto para reforestar tres regiones del país²⁶⁷

(Publicado el 13/03/2018 en el sitio Sputnik Mundo)

BUENOS AIRES—El Gobierno argentino presentó un proyecto para recuperar 900 hectáreas de bosques nativos que abarcan diez de los 24 distritos del país.

²⁶⁷ Recuperado de <https://mundo.sputniknews.com/americalatina/201803131076950053-deforestacion-argentina-ley/>

La iniciativa forma parte del Programa Nacional de Restauración de Bosques Nativos Degradados, considerado por el Ejecutivo de Mauricio Macri como “el plan de reforestación más importante de los últimos 50 años”.

El Gobierno espera que participen en el proyecto universidades, organizaciones no gubernamentales, organismos científico-tecnológicos y empresas privadas.

En la primera parte de este proyecto, el Gobierno busca la recuperación de tres regiones.

El Gobierno aspira a que en 2030 el país consiga una deforestación neta cero.

Hasta 2023, el Ministerio de Ambiente pretende reforestar unas 18.000 hectáreas anuales restauradas, lo que conlleva la siembra de más de 10 millones de árboles.

A través del programa actual, se han plantado hasta el momento 81.800 árboles, de acuerdo a la cartera que conduce el ministro de Ambiente, Sergio Bergman.

Argentina figura en el noveno lugar entre los países que más superficie boscosa han perdido entre 2010 y 2015, según un informe de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura).

Solo en 2016 desaparecieron 136.470 hectáreas de bosques, una superficie que equivale a seis veces la capital argentina.

El ritmo de deforestación ha sido aún más alto en años anteriores, llegando a las 300.000 hectáreas por año desde 1998.

La sanción de la Ley de Bosques Nativos promulgada en 2009 apenas redujo la pérdida de áreas boscosas.

- Aspectos legales locales e internacionales.

A lo largo del presente trabajo se presentaron algunos interrogantes vinculando el medio ambiente y la gran industria empresarial tanto a nivel local en lo que respecta a la República Argentina como a nivel internacional. A continuación, se pretende analizar las reglamentaciones al respecto, las sanciones aplicables, los alicientes e incentivos por colaborar con el medio ambiente, entre otros.

Como punto de partida la *Ley Nacional de presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable* propone, tal y como reza su nombre, un umbral mínimo de derechos que ninguna provincia podrá dejar de amparar, proteger y velar por su cumplimiento, así en su artículo 6 establece que

“se entiende por presupuesto mínimo, (...) a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.” De aquí emana la obligación de todas las provincias de crear su propia Ley de Gestión Ambiental o adherir a la Nacional.

La misma ley establece quiénes son responsables de los daños ambientales causados y sobre quiénes pesa la responsabilidad de reparar los mismos. 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.

Asimismo, el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. Es importante en este punto resaltar que esta rama del derecho se destaca porque su objetivo no es el resarcimiento del daño (tal y cual se prevé en la teoría general de los daños) sino que va más allá, y lo que procura es que la persona que ha causado este menoscabo al ambiente recupere lo que haya deteriorado. Esto es así en mérito de que además de proteger al ambiente, se busca crear una consciencia en la persona sea humana o jurídica detrás del detrimento ocasionado.

Es de destacar que 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.

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.

Subsidiariamente en caso de que no sea técnicamente factible realizar el mencionado restablecimiento al estado anterior, la justicia ordinaria interviniente será la encargada de determinar la indemnización sustitutiva, la que deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental sin perjuicio de otras sanciones que les pudiera corresponder.

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.

Una característica del daño ambiental es que la responsabilidad civil o penal, por daño ambiental es independiente de la administrativa. Cada

provincia tiene el poder de policía sobre sus recursos naturales, por lo tanto a ellas compete reglamentar sobre los márgenes de aplicación de sus políticas ambientales.

Por ello en la provincia de Córdoba, a través de la Ley 10.208 sobre Política Ambiental, establece con carácter de obligatoriedad para todo establecimiento que haya de asentarse en la misma el otorgamiento de la Licencia ambiental. Para lograr esto es necesario realizar una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) que busca determinar, por ejemplo, la comparación de valores de referencia de calidad ambiental propios de la actividad y los preocupacionales, las características condicionantes del sitio de localización tales como: clima, hidrología superficial y subterránea, biota y usos de suelo dominantes; la tecnología a utilizar; las instalaciones conexas o complementarias; la existencia o no de planes u obras importantes en la zona y los objetivos de las mismas, y los estudios de compatibilidad tanto de las nuevas actividades u obras entre sí, como respecto al medio urbano y rural existente; y los futuros costos y las posibilidades reales de efectuar en forma permanente controles de establecimiento y situaciones cuyo número y/o complejidad implique nuevas cargas al erario público y elevados riesgos con respecto al cumplimiento habitual de las normas y recomendaciones de la tutela ambiental; entre otros.

Esta misma ley establece que toda persona física o jurídica –pública o privada– que por la actividad que realice entrañe riesgo para el ambiente, los ecosistemas o sus elementos constitutivos, debe contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir.

Como se puede observar, de la normativa expuesta resulta sumamente gravoso para las empresas tener que enfrentar a todos estos costos para poder establecer su industria o comercio en nuestra ciudad. Por ello la misma ley propone en su capítulo XIV incentivos y alicientes para las empresas que colaboren con el medio ambiente. Sin embargo, al día de la fecha no se han aplicado dichas exenciones; por ello surge el interrogante: ¿qué conviene a las empresas instaladas en la República Argentina, pagar las multas establecidas en las leyes administrativas y seguir contaminando o adoptar medidas para dejar de contaminar? Esta pregunta fue realizada en el trabajo de campo realizado y se pudo determinar con ellas que el 65% de las personas encuestadas considera que las multas impuestas a las empresas argentinas no son eficientes para frenar los efectos negativos de la contaminación. Y tan solo el 35% considero que si son eficientes.

Para una cabal comprensión del tema expuesto se propuso ahondar en el meollo de la cuestión que, a nuestro criterio, está en las Políticas de Educación Ambiental. Así observamos que, en el plano internacional,

por ejemplo, en lo que respecta la Unión Europea se prevén importantes procesos de educación ambiental desde ciclos básicos de enseñanza, haciendo a esta parte de la cultura social de la población. Siguiendo esta línea es que no solo cuentan con deberes y obligaciones las empresas para con el ambiente, sino también son beneficiarias de importantes recompensas en exenciones de grandes tasas impositivas que impulsan a las mismas a contribuir con el medio en el que nos desarrollamos.

En lo que respecta a la República Argentina, en la ley nacional, en sus artículos 14 y 15, y en la ley de la provincia de Córdoba, en su artículo 52 y sucesivos, se establece la importancia de llevar adelante procesos de educación ambiental, de capacitarse al respecto, de mantenerse actualizado en el tema, de instruir y de concientizar al respecto. Sin embargo, estos serán largos procesos y aun es un desafío que está afrontando nuestro país.

El derecho romano en relación con la literatura del siglo II d. C. Análisis etimológico y conceptos vinculados con los cultos de la época

Por Ricardo Ariel Forestale²⁶⁸

Resumen

El objetivo de este trabajo consiste en exponer un análisis del Asno de Oro y Apología de Apuleyo. Establecer relaciones con el contexto histórico y proponer a partir del concepto de alusión, relaciones con los derechos romanos en la época.

Se pretende trabajar con la etimología de las palabras utilizadas y cotejar su significado a través del tiempo. De esta manera, se abordarán términos como: asno, bruja, injuria y magia. Todos vinculados al cristianismo y a la consideración social, teniendo como marco narrativo los gobiernos africanos de Roma y Grecia en el siglo II d. C.

Cabe destacar que para analizar los fragmentos de la novela, haremos énfasis en proponer mundos posibles, considerando la alusión y a los personajes dentro de un entorno jurídico.

Palabras clave: Asno; cristianismo; derecho.

²⁶⁷ Profesor de Castellano, Literatura y Latín.

I. Introducción

En este trabajo se presentará un análisis en base a dos obras clásicas de Apuleyo: *Apología* y *Metamorphoses*. La primera es una defensa que el autor escribió después de haber sido culpado de utilizar la magia para quedarse con la herencia de su viuda y en cuyo juicio salió victorioso. La segunda es una novela clásica de la literatura romana. Fue escrita en el siglo II d. C. y trata sobre un joven de nombre Lucio que busca conocer los secretos de la magia. Comienza por escuchar historias del poder de las brujas y de visitar muchos lugares, y cuando por fin logra dar con una verdadera, comete el error de beber una de sus pociones y se convierte en asno.

En este trabajo brindaré, en primer lugar, un análisis etimológico y semántico de las palabras clave para abordar los temas en relación con el derecho. De esta manera, podremos comprender tales expresiones en el contexto con datos biográficos del autor. Interpretaremos de su obra, una construcción de sentidos, que ocultan al referente como señal de desprecio del pueblo romano por los sectores cristianos.

En segundo lugar, presentaré por un lado datos biográficos del autor, un abogado que supo defenderse de la acusación de haber utilizado la magia a su favor; por el otro, la autodefensa del personaje de su novela, culpado de asesinato.

El juicio está explicado en su obra *Apología*, de la cual hay varios análisis. Por este motivo, no profundizaré sobre el tema, pero sí explicaré cómo sucedió y a qué leyes recurrió para salir bien librado.

En cuanto a la autodefensa ficticia recurrimos a la Ley de las XII Tablas y al comentario tercero de Gayo que refiere a la injuria. Podemos decir que estas son herramientas a las que recurre el autor en su vida y en su obra.

Para finalizar, se propone recorrer los capítulos de *Metamorphoses*²⁶⁹ y su relación con la Ley de las XII Tablas junto con los comentarios de Gayo, como también tratar la figura retórica de la alusión entre las intervenciones de la magia y su relación con el cristianismo.

Se tomará el estudio sobre las alusiones al cristianismo del trabajo *El asno de oro y el cristianismo*.²⁷⁰ Con esta interpretación se pretende ofrecer otra propuesta de lectura, dirigida a aquellos que comprendan las referencias bíblicas y que puedan encontrar implícitamente las leyes de la época en los relatos enmarcados de la novela.

Cabe destacar que en esta novela clásica se presenta el mito griego,²⁷¹ celta²⁷²

²⁶⁹ Apuleyo. *Metamorphoses* o *El asno de oro*.

²⁷⁰ Herrmann, L. (1953), pp. 188-191.

²⁷¹ El mito de Eros y Psique.

²⁷² La diosa celta Epona.

y egipcio.²⁷³ Temas que no abordaremos, porque el análisis estará abocado a las leyes romanas y a la consideración social de los cristianos en el siglo II d. C.

II. Análisis semántico y etimológico

Se presentará la etimología de magia y de cristianismo para trabajar las relaciones propuestas en la literatura y poder proseguir con las leyes que allí se mencionan.

El término magia tiene un origen más antiguo que el de cristianismo, sin embargo, nos centraremos en los aspectos contextuales de estas expresiones en Grecia y Roma. Para los helenos la palabra “μαγεία” se traducía como magia, brujería y engaño. El latín ha conservado el mismo significado, pero también connotaba las prácticas religiosas de los sacerdotes de Persia, que Roma no compartía por considerarlas falsas.

Tengamos presente en las próximas páginas el uso de esta palabra con el concepto de poder sobrenatural, para comprender que en la época ningún hombre puede realizar tales tareas como un simple mortal y que solo los dioses y sus hijos son capaces de desafiar las leyes de la naturaleza para los romanos.

El término cristianismo deriva de la palabra griega *kristós*,²⁷⁴ ungido-mesías, y del sufijo “-ismo”,²⁷⁵ doctrina, movimiento y escuela. Resulta necesario nombrar también *Iesus*,²⁷⁶ cuya traducción es “el salvador”.

Como vimos, los griegos usan dos términos para referirse al hijo de Dios. En cambio, los romanos traducen estas dos palabras por una sola, la de *Iesus* como Jesucristo.

Explicado esto, adelantaré una relación sugerida entre la magia y el cristianismo bajo la máscara del libro *Metamorphoses*, donde un tercer término, el de asno, queda sujeto a un supuesto calificativo despectivo usado en el siglo II d. C hacia los cristianos.

Teniendo en cuenta lo mencionado, tomaremos al protagonista de la novela como una persona que puede ser sometida ante las leyes de Roma o presenciarlas antes y después de la metamorfosis. Es decir, le quitaremos la percepción de una lectura fantástica por otra, en la cual la palabra “asno” es utilizada para expresar un desprecio de carácter fundamentalista, contra una persona que ha abandonado la religión que profesaba en Roma.

²⁷³ La diosa Isis.

²⁷⁴ Χριστός.

²⁷⁵ -ισμός .

²⁷⁶ Ιησούς.

III. Relación del autor con las leyes romanas

Apuleyo de Madaura, además de ser conocido como un famoso conferencista, le fue reconocida también su habilidad como abogado y orador de los gobiernos africanos bajo la tutela de Roma en el siglo II d. C. Ha realizado en *Apología pro se de magia*²⁷⁷ un discurso judicial, en el cual se describe lo sucedido en este juicio de 158 d. C. en Sábrata. Quizás es el único documento de este tipo conservado de la época imperial.

En este escrito se presenta su defensa tras la acusación de emplear la magia para seducir a una mujer (Pudentila) y heredar parte de su fortuna. Una de las acusaciones consistió en la posesión de objetos mágicos, a lo que ha respondido en su defensa diciendo que lo único que ha tenido como elemento religioso fue una estatuilla de Mercurio y no alguna calavera, ni un espejo, ni otro artefacto de uso exotérico.

Apuleyo había heredado, según *“la promissio dotis”*, una cantidad de 300 mil sestercios. Como abogado argumenta que el atacante pretende lesionar con palabras el honor de un ciudadano. Lo culpa de cometer *iniuria* (injuria), y bajo la ley *Lex Remnia de Calumniatoribus*, sancionada 80 a. C. por Marciano, logra con éxito su defensa.

Con respecto a la magia, cita la Ley de las XII Tablas de la siguiente manera:

(3) Magia ista, quantum ego audio, res est legibus delegata, iam inde antiquitus XII tabulis propter incredundas frugum inlecebras interdicta, igitur et occulta non minus quam tetra et horribilis, plerumque noctibus uigilata et tenebris abstrusa et arbitris solitaria et carminibus murmurata, (4) cui non modo seruorum, uerum etiam liberorum pauci adhibentur.[47]

Esta magia, ¡cuánto escucho!, la que no solo pocos esclavos, como hombres libres admiten, es un asunto tratado por las leyes, ya desde la antigüedad en las XII Tablas, causa de los encantamientos a las cosechas y por consiguiente, no menos oculta que repugnante y horrible, vigilada durante las noches y escondida en tinieblas, solitaria sin testigos y pronunciada en hechizos.

Al brindar una respuesta filosófica, el autor logró por medio de la retórica y sus conocimientos sobre la magia, salir victorioso en el juicio.

Apuleyo, en su novela *Metamorphoses*, convierte al protagonista Lucio en un acusado por haber dado muerte a dos ladrones que pretendían entrar en

²⁷⁷ *Apología o Discurso sobre la magia en defensa propia*, traducción de Roberto Heredia.

su recinto. Se monta todo un circo frente al pueblo para juzgarlo. Una vez llegado el magistrado, Lucio pide realizar su defensa y vuelve a citar la Ley de las XII Tablas.

Veamos a continuación a la ley sobre injuria con respecto a *Apología* y la de las XII Tablas de acuerdo con *Metamorphoses*. La primera tratada por Gayo y la segunda proveniente de las XII Tablas, en: “*De Iudicis et furtis*”.²⁷⁸

a) La injuria en *Apología* (documento biográfico):

Atrox autem iniuria aestimatur uel ex facto, uelut si quis ab aliquo uulneratus aut uerberatus fustibus caesus fuerit; uel ex loco, uelut si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit; uel ex persona, uelut si magistratus iniuriam passus fuerit, uel senatori ab humili persona facta sit iniuria. Gai commentarius tertus.

Gai Inst, XXI, 225

La injuria se considera peligrosa, por causa del hecho en cuestión, como si aquel, estando lastimado y golpeado, hubiera sido herido con palos por alguien; o desde un lugar, como si alguien haya sido (acusado de cometer) injuria en el teatro o en el foro; o desde la persona, como si fuera acusado el magistrado o hayan sido culpados de injuria, los senadores por una persona de baja condición.²⁷⁹

Gayo menciona que la injuria ultraja con palabras y versos infames. La pena consistía en la lesión de un miembro, según la Ley de las XII Tablas, o en el pago de trescientos ases, si se trataba de un hombre libre, y de ciento cincuenta, si en cambio, era un esclavo.²⁸⁰

b) Obra literaria

En el libro II de *Metamorphoses*, Lucio y su esclavo encuentran tres hombres fuertes violentando su puerta. Él se arroja encima de ellos y logra apuñarlos. Al día siguiente, el protagonista espera que reconozcan su heroísmo, porque

²⁷⁸ *De los juicios y delitos*.

²⁷⁹ Cito por la edición de Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, 1845. La traducción es propia.

²⁸⁰ *Gai Inst, XXI, 221, 223*.

según la Ley de las XII Tablas lo que había hecho era correcto.

Si nox furtum faxit, sim aliquis occisit, iuri caesus esto.

Tab. II, 3.

Si alguno hubiera cometido un robo de noche, sea aquel asesinado en el lugar por derecho.²⁸¹

El protagonista, seguro de ser considerado inocente por actuar en defensa propia y creyendo que había logrado enternecer la multitud con su testimonio, se enfrenta a la condena pública. Aquí entra en juego también la injuria por parte de los familiares de las víctimas.

En esto se adelanta corriendo por el centro del teatro una mujer hecha un mar de lágrimas, vestida de negro y con un niño en brazos. Otra la seguía: una vieja cubierta de horribles harapos e igualmente llorosa. Ambas agitaban ramos de olivo (características de los suplicantes). Se pusieron a los lados del lecho en que yacían, bien cubiertos, los cadáveres de las víctimas, para exteriorizar su dolor entre lúgubres lamentaciones: “En nombre de la composición pública -dicen-, por lo más elementales derechos humanos, tened composición de esos jóvenes indignamente sacrificados, y, en nuestra soledad de viudas, dadnos el consuelo de la venganza”.²⁸²

Apuleyo. Metamorphoses, Lib. III, pp. 8.

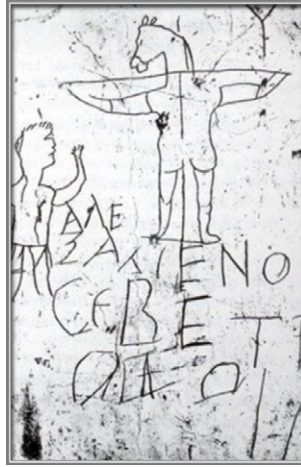
IV. Alusión al cristianismo

Tomando en consideración el trabajo sobre “*El asno de oro*” (*Metamorphoses*) y la alusión con cristianismo, entendemos el término asno como una forma despectiva de referirse a los cristianos.

La siguiente imagen es uno de los objetos de estudios, por el cual se cree que un asno hace referencia a ellos.

²⁸¹ Traducción propia.

²⁸² Cito por la edición de Gredos, 2008. Traducción: Lisardo Rubio Fernández.



Inscripción: Αλεθαμενος σεβετε Θεον.
Traducción: Alexámenos adora a su Dios
(Monte palatino. S. IV y V/Hallazgo 1857)

Metamorphoses, como dice su nombre, trata de la transformación de una persona, pero este cambio puede ser parte de una historia fantástica, como también una metáfora, dirigida a los lectores de la época. En la novela, las brujas presentan cualidades que son mencionadas en la Biblia y atribuidas a Dios o a Jesucristo.

Estos encantadores son capaces de realizar magia, pueden hacer que la luna se vuelva roja, caminar sobre el mar y revivir a los muertos. Respecto a esto último, se menciona la difícil tarea de cuidar a los fallecidos, que pueden ser llamados y volver a la vida.

En un relato enmarcado se encarga el cuidado de un cuerpo a un hombre a cambio de unas monedas de oro. Pide algo de comer mientras vela por el cuerpo, y esto es tomado como una ofensa por parte de la viuda, quien amenaza con sustraerle una parte de su cuerpo si al amanecer el cadáver de su esposo fuera profanado.

Estas consideraciones al culto de los muertos ya aparecen en la décima tabla con el título de *Iure sacro*,²⁸³ donde se detalla la prohibición de quitar los huesos de los muertos, de comer cualquier tipo de alimento y de arrojar alguna

²⁸³ Del derecho sagrado.

bebida sobre el cuerpo. Más adelante, cuando el protagonista de la novela espía a la bruja ingiriendo un brebaje, ésta se convierte en un ave, y él, una vez ausente esa mujer, toma otra poción y se transforma en un asno.

El primer avistamiento puede representar el bautismo por medio del espíritu santo, porque después se convierte en asno (cristiano). Una vez siendo un animal, bebe agua de un lugar sagrado frente a la estatua de una diosa celta, y es castigado por su propio esclavo.

Más tarde es tomado prisionero por unos asaltantes, que lo utilizan para llevar todo lo robado. Convertido en asno, presencia cómo los forajidos arrojan desde lo alto del valle a otro cuadrúpedo después de cortarles sus rodillas (*Poplites...amputant*).

Recordemos que la piedra Tarpeya era un sitio desde donde se arrojaba a los traidores al pueblo de Roma, y atendamos a lo que dice la Ley de Aquilia. Gayo menciona que quien matare a un cuadrúpedo o a un esclavo debe pagar una multa al propietario que equivale a lo supuestamente pueda llegar a ganar con ese esclavo.²⁸⁴ La tabla II, “De los juicios y delitos”, contemplaba azotar y arrojar a los esclavos que hubiesen cometido un hurto desde la roca sagrada (Tarpeya). Prestemos atención a lo siguiente: la ley pone al mismo nivel de comparación un animal y un esclavo.

Lucio, además de ser convertido en asno o cristiano, se ve como un traidor ante las tradiciones romanas, y castigado por su propio esclavo, ha perdido su condición de hombre libre, para formar parte de una clase inferior a la considerada en el momento.

Otra cuestión es que el texto latino menciona que el animal fue cortado en sus extremidades. Se podría referir a los estigmas de Jesús o a la forma en que se prepara a los hombres para ser crucificados. El protagonista de la novela, al sentirse condenado, dice algo clave. Él se siente ya como un candidato para cruz (*Cruci candidatus*).²⁸⁵

Después de pasar por muchas cosas, el asno tiene la opción de volver a ser humano. Lo curioso es que lo hace al participar del culto a la Diosa Isis. Por medio de esta intervención divina, deja de ser un asno para convertirse en sacerdote de la diosa egipcia. ¿Cuál es el tema en cuestión con las creencias egipcias? Al aparecerse frente a él, la deidad dice ser todas las diosas romanas y griegas, pero con otro nombre. Es esa la respuesta, deja ser asno cuando se convierte a otra religión. Entonces esto refuerza la alusión al cristianismo.

²⁸⁴ Gai. XX, 210.

²⁸⁵ Apuleyo. *Metamorphoses*, L. I, pp. 8.

V. Conclusión

Cabe reconocer el valor de las leyes romanas y su distribución por sus gobiernos, ya que los acontecimientos ocurridos como las historias inspiradas en esa sociedad, nos permitieron tener registro del conocimiento del derecho en la antigüedad. Podemos decir que su comprensión era tal, que cada episodio de esta novela sugiere una relación con una ley de la república, que sobrevive en el imperio.

Explícitamente o implícitamente, se trata la injuria, el hurto de miembros de un cadáver y el asesinato como defensa de la propiedad privada. Las discusiones entre los personajes nos permiten discernir la falta de ignorancia en estas cuestiones.

Con respecto a la magia, cabe destacar que no he mencionado la Ley de las XII Tablas, que refiere a los encantamientos, porque las atribuciones que se les otorga a los seres mágicos no son propias de ellas, sino que son formas de hacer alusión a una persona que profesa la religión cristiana.

Las leyes tratadas imponían diversas penas a los culpables. Involucraban agresión física en un principio y posteriormente mencionan penas que consisten en pagar unas multas diferenciadas entre los hombres libres y los esclavos.

Actualmente, ya abolida la esclavitud y la agresión física, las penas consisten en multas y años en prisión, según la gravedad del delito. La persistencia de las leyes en el Código Penal argentino podemos encontrarlas en “Delitos contra el honor”²⁸⁶, “En delitos contra la propiedad”²⁸⁷ e “impunidad”²⁸⁸.

Con respecto a la injuria, su castigo es una multa que va desde los 1500 pesos hasta los 20.000. El culpable tiene otra opción: en lugar de pagar ese monto debe retractarse públicamente, antes de contestar la querrela.

El delito por profanación se presenta en la novela cuando la viuda amenaza al cuidador de su esposo muerto, ya que, si le faltase alguno de los miembros a su marido, el velador debería pagarlo con la misma pieza de su cuerpo. En ese episodio, el autor demuestra el conocimiento general de la “*lex latioris*”²⁸⁹.

La ley argentina dispone lo siguiente: “Sufrirá prisión de dos a seis años, el que substrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución”.

Por último, la ley de imputabilidad considera la defensa propia en circunstancias como: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

²⁸⁶ Art. 110.

²⁸⁷ Art. 117.

²⁸⁸ Art. 34.

²⁸⁹ Ley del Talión.

En conclusión, podemos tomar registro de la literatura para analizar la historia y la influencia de las leyes, por medio de las costumbres, de los diálogos y de la personificación de los funcionarios. La narrativa tiene un momento de gestación y recursos extraídos de la realidad; su marco puede determinar la forma de pensar en el pasado y analizar su permanencia o transformación en la sociedad actual.

Bibliografía

Anquera, J. (1874). *Historia de la Legislación romana*. Madrid: Imprenta Infante.

Apuleyo (2008). *El asno de oro*. Traducción por Lisardo Rubio Fernández. Barcelona: Gredos.

Apuleius (1997). *Pro se de magia (Apologia)*. Editado con comentarios de Vincent Hunink. Amsterdam: Gieben, 2º vol.

Gayo (1845). *La Instituta*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.

Herrmann, L. (1953). *L' Ane d' or et le christianisme*. Avril-Juin: Société d' Études Latines de Bruxelles, pp. 188-191.

Montemayor Aceves, M. (2008). *Crímenes contra la magia*. Ciudad de México: Centro de Estudios Clásicos, pp. 201-222.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (1984). *Código Penal Argentino*. <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

De las causas por las cuales el derecho civil puede desviarse del derecho natural

Por Germán Gabriel García Medavar²⁹⁰

Resumen

La convicción de que el derecho natural existe no es incompatible con la posibilidad de que el derecho civil se aparte parcialmente de él. Esta posibilidad halla sustento filosófico, teológico y jurídico. El primero, por la Ética a Nicómaco de Aristóteles. El segundo, por la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino. El tercero, por un pasaje de Ulpiano en el Digesto de Justiniano. Respecto a este último, la Glosa de Accursio enumera dos instituciones del derecho civil contrarias al derecho natural, a saber: la servidumbre y la usucapión. De ellas, explica las causas que fundan los desvíos y sintetiza: el derecho natural siempre es *bonum et aequum*, si no consideramos las causas externas del caso particular.

Palabras claves: Derecho natural; filosofía; teología

²⁹⁰ Abogado. Profesor adjunto interino de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor extraordinario auxiliar de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Secretario Académico del Instituto de Formación Técnica Superior N° 17.

Circula entre los más populares manuales de “Introducción al derecho” cierta versión reduccionista de la influencia que ejerce el derecho natural sobre el derecho civil. Se enseña que, para quienes creen que el derecho natural existe, la ley civil no puede apartarse de aquel sin convertirse en injusta, o incluso, en merecedora de desobediencia. Se cita, por lo general, a Santo Tomás de Aquino, cuando dice: “Si algo (...) connota oposición al derecho natural, no puede hacerse justo por voluntad humana; por ejemplo, si se estableciera que es lícito robar o adúlterar”.²⁹¹

Sabemos, sin embargo, que el *Corpus Iuris Civilis* afirma la existencia del derecho natural y, al mismo tiempo, regula institutos jurídicos en los que reconoce expresa oposición con el derecho natural. Tómese, por ejemplo, el caso de la esclavitud, respecto de la cual dice Ulpiano que es contraria al derecho natural.²⁹²

De allí que nos preguntemos cómo armonizar estos elementos. La respuesta es que el derecho civil puede apartarse del derecho natural. Y esto, que podría sonar provocador, tiene sustento filosófico, teológico y jurídico.

En lo que respecta a la filosofía, me refiero a la Ética a Nicómaco de Aristóteles. Más precisamente, al libro V, donde trata sobre la justicia. El filósofo, luego de declarar que lo natural es inmutable para los dioses, agrega: “Para los hombres, hay algo que es natural y, sin embargo, es cambiante. (...) Porque la mano derecha, por ejemplo, es naturalmente más fuerte que la izquierda; y, sin embargo, todos podemos hacernos ambidiestros”.²⁹³ Continúa el filósofo reconociendo que, aunque un sistema político es por naturaleza el mejor, no es el que utilizan todos los pueblos. Aristóteles, entonces, rechaza la idea de que aquello que no es natural, sea necesariamente injusto. Lo natural es perfecto; pero entre lo natural y lo injusto, hay alternativas.

En lo que respecta a la teología, me refiero a la *Summa Theologiæ* de Santo Tomás de Aquino, donde se pregunta: ¿Puede cambiar la ley natural? Responde el teólogo:

El cambio de la ley natural puede concebirse de dos maneras. Primero, porque se le añade algo introducido por la razón humana. Como si dijéramos que es de ley natural que el hombre ande desnudo, porque la naturaleza no dio los vestidos, sino que los inventó el arte. En segundo lugar, cambiaría la ley natural por vía de sustracción, es decir, porque algo que antes era de ley natural deja de serlo. En este sentido, la ley natural es completamente inmutable

²⁹¹ *Summa Theologiæ*, II-II, Q57, Art. 2, ad. 2.

²⁹² D. 50. 17. 32.

²⁹³ 1134 b.

en lo que se refiere a los primeros principios de la misma. Mas en lo tocante a los preceptos secundarios, que (...) son como conclusiones (...) derivadas (...) de los primeros, también es inmutable en cuanto mantiene su validez en la mayoría de los casos, pero puede cambiar en algunos casos particulares y minoritarios por motivos especiales.²⁹⁴

En lo que respecta al derecho, me refiero al Digesto de Justiniano. Más precisamente, al libro I, donde Ulpiano enseña: “Derecho civil es aquel que ni se aparta del todo del natural (...), ni en absoluto se conforma con él; y así, cuando añadimos o quitamos algo al derecho común, hacemos el derecho propio, esto es, el civil”.²⁹⁵ Adviértase la similitud con Santo Tomás, en que al derecho natural se le puede tanto añadir como quitar.

El Digesto propiamente dicho no arroja mayor luz sobre la cuestión, pero sí lo hace la Magna Glosa. Más precisamente, la edición de Lyon de 1627, de la que sabemos que contiene agregados posteriores a Accursio, cuya autoría y datación no son fáciles de determinar. En una glosa marginal al pasaje de Ulpiano, leemos: “El derecho natural, en sí mismo (esto es, en abstracto), tiene vigencia perpetua y uniforme. Pero el derecho natural en concreto, puede ser modificado en algún aspecto, según Ángelo”. Suponemos que se refiere aquí a Ángelo de Ubaldis, que falleció en 1407. Continúa la glosa: “El derecho natural puede ser removido en lo que respecta a sus efectos extrínsecos, pero no en lo que respecta a su esencia íntima”. Otra glosa recoge la opinión de Irnerio (f. 1113-18), para quien el derecho natural “no puede ser sustraído en la universalidad de su cuerpo, pero sí en casos especiales”.

Hasta aquí, la Magna Glosa no hace más que reproducir las doctrinas filosóficas y teológicas ya expuestas; es decir, aquellas que distinguen, por un lado, las causas abstractas o mayoritarias, para las cuales el derecho natural es perfecto; y, por otro lado, las causas concretas o minoritarias, para las cuales el derecho natural puede ser modificado. No nos brinda la Magna Glosa, hasta aquí, ningún ejemplo de aquellos “casos especiales”, ni de las razones que justifican nada menos que el apartamiento del derecho natural. Sin embargo, hay una glosa a un pasaje de Paulo, que se aventura a descender a los casos especiales:

Si siempre es bueno lo que es de derecho natural, ¿cómo puede decirse que la esclavitud o la usucapión fueron introducidas para el bien público, si son contrarias al derecho natural? Se diría que no son buenas, porque si bueno el

²⁹⁴ Summa Theologiæ, I-II, Q94, Art. 5.

²⁹⁵ D. 1. 1. 6.

derecho natural, debe ser malo aquellos que no es de derecho natural. A esto, responde: De derecho natural, es bueno que todos los hombres sean libres y que al propietario no se lo despoje de su propiedad, en la medida en que no consideremos las causas externas. Si, en cambio, diriges el intelecto a las causas sobrevinientes, es mejor que exista la esclavitud a que no exista. De lo contrario, todos los cautivos morirían en manos de los enemigos, y es mejor para la república que ellos vivan como siervos a que mueran como ingenuos.

Al margen, adviértase este intento de justificación para la esclavitud, distinto a los que tradicionalmente se recogen en los libros modernos. Continúa la glosa: “Lo mismo si consideras las dificultades que existirían, si no existiese la usucapión. Es preferible tolerarla, ya que de otro modo no sería posible probar el dominio y los litigios serían infinitos”. Naturalmente, se refiere aquí a la carga diabólica de probar la cadena ininterrumpida de transmisiones, desde el poseedor actual al primer propietario de la cosa. Finaliza la glosa con un ejemplo infantil, pero contundente: “Ciertamente, es bueno no perder la capa; pero es mejor perder la capa, a ser asesinado por un ladrón”.²⁹⁶

A modo de conclusión, la versión simplista del derecho natural no concuerda con los textos autoritativos de filosofía, teología y derecho en los que, muchas veces, pretende asentarse. En este asunto, debemos eludir la falacia de negación del antecedente: que lo natural sea bueno no implica que lo no-natural sea no-bueno.

²⁹⁶ D. 1. 1. 11.

La primacía de la realidad material por sobre las formas en el derecho romano

Por Germán Giarrocco²⁹⁷

El objeto del presente trabajo consiste en analizar la primacía de la realidad material respecto a las formas en Roma, tomando como base el estudio de diversas instituciones jurídicas y su evolución a lo largo de la historia.

Podemos encontrar varias situaciones históricas de la Antigüedad romana, en la que se han morigerado o flexibilizado excesivas solemnidades en pos de salvaguardar la cuestión de fondo en materia de derecho.

El primer caso que analizaré serán los testamentos. Como consideración preliminar, corresponde realizar una mención acerca de la Causa Curiana, que constituyó el cimiento de la primacía de la voluntad del testador por sobre la letra del testamento. Esta causa versa sobre la disposición del testador Marco Coponio, quien creyendo que su mujer estaba embarazada, instituye heredero por testamento a su hijo por nacer. A la vez, el testador estipuló que, para el hipotético caso de que su futuro hijo muriera antes de la pubertad, se sustituiría como heredero a Manio Curio.

Marco Coponio fallece, y el hijo que esperaba no nace, pues el testador dispuso su última voluntad estando errado respecto del embarazo de su mujer. Al abrirse la sucesión, se suscita una controversia entre los herederos *ab intestato* de Marco Coponio (defendidos por Mucio Scévola) y Manio Curio (defendido por Licinio Craso).

²⁹⁷ Abogado. Profesor en la asignatura Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires y en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Scévola sostenía en base a la literalidad del testamento, que al no nacer el único heredero instituido, el testamento caía y correspondía abrir la sucesión *ab intestato*. En cambio, Licinio Craso sostuvo que había que desentrañar la voluntad del testador, más allá de la literalidad, pues era evidente que Marco Coponio quería que el heredero fuese Manio Curio antes que los agnados *ab intestato*.

El tribunal de los Centuviros se pronunció sobre el caso y decidió a favor de Manio Curio, prevaleciendo de ese modo la voluntad por sobre la literalidad. Esta sentencia fue seguida por Marco Aurelio y Vero. En Modestino D. 28. 6. 4 pr., donde se explica que: “Por la constitución de Marco y Vero usamos ya este derecho, que cuando el padre sustituye al hijo impúbbero para otro caso, se entiende que lo sustituye para uno y otro, ya sea el hijo heredero o no, y muriese impúbbero”.²⁹⁸

La explicación del célebre jurista resulta concordante con la definición que el mismo Modestino da sobre el testamento como: “Una legítima disposición de nuestra voluntad, en cuanto a lo que queremos que se haga después de nuestra muerte”. Por lo cual, el término voluntad es el núcleo sobre el cual reposa la institución jurídica del testamento, y aplicando un correspondiente razonamiento inductivo, la voluntad también es el eje sobre el que gira el acto o negocio jurídico.

Este pasaje del Corpus implica una ratificación de la doctrina establecida en la Causa Curiana, que no tiene referencia en el Corpus, pero que la pudimos conocer gracias a Cicerón y que constituye el primer postulado que nos permite verificar el objeto de estudio.

El segundo postulado lo encontramos en la evolución de las formas de testar. Sin pretender inmiscuirme detalladamente en cada una de las formas, me limitaré a explicar que a lo largo de la historia, los romanos fueron buscando el modo de poder interpretar la voluntad del testador lo más directamente posible.

En un inicio, el testador solo podía manifestar su voluntad en dos situaciones: en tiempos de paz ante los comicios calados (solamente el 24 de marzo y el 24 de mayo) y ante el advenimiento de un conflicto bélico lo podía hacer ante el ejército en pie de guerra (*Testamenti in Procintu*).²⁹⁹

Estas dos modalidades propias de la Roma arcaica subsistieron con el tiempo, pero se agregaron otras formas con la finalidad de evitar que una *Pater*

²⁹⁸ Pillehotte, J. (1618). *Digesto Viejo*. Lyon. De mi traducción, edición bajo el signo del nombre de Jesús con Privilegio del Cristianísimo Rey de Francia y de Navarra, Lyon, p. 547-548.

²⁹⁹ Di Pietro, A. (2014). *Manual de Derecho Romano Privado*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 574-579. En igual sentido: Costa, J. C. (2012). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 321-329.

mueru intestado (testamento por venta familiar; testamento *per aes et libram*; testamento nuncupativo).

En definitiva, estas nuevas formas de testar permitieron una mejor y más pura interpretación de la voluntad del testador, pues considerando que el testamento es un acto jurídico revocable, el *Pater* podía de esta forma “actualizar” su última voluntad sin condicionamientos y sin la necesidad de esperar a las fechas en que sesionen los comicios calados o a encontrarse frente a una eminente guerra.

El tercer ejemplo lo podemos encontrar en la simplificación de las formalidades en materia de modos de ingreso y egreso de la familia. En efecto, la institución jurídica de la adopción tiene una evolución a lo largo de la historia de Roma, pudiendo distinguir la forma de perfeccionar el acto en el derecho antiguo y clásico, y en el derecho justiniano, mediante distintos procesos.

En el primer período el padre vende tres veces al hijo para liberarlo de la potestad paterna conforme el precepto establecido en la Ley de las XII Tablas, y a la tercera vez el adoptante interpone la *in iure cesio* reclamando la potestad sobre el adoptado, a lo cual el padre natural no se opone, y de esa manera queda perfeccionado el Acto.³⁰⁰

Posteriormente, en el período justiniano se suprime la formalidad de la triple venta y se formaliza el acto ante el magistrado, debiendo concurrir las partes intervinientes y manifestar su voluntad.³⁰¹ Igual camino histórico tuvo la emancipación, pues al principio ésta se perfeccionaba con la triple venta ficticia, valiéndose del texto de la Ley de las XII Tablas. También en el período justiniano se perfecciona el acto al concurrir ante el magistrado y manifestar simplemente la voluntad de emancipar al *filius*.³⁰²

Esta simplificación de solemnidades superfluas y excesivas es otro claro caso en el que, con el correr de los siglos, el romano pulió sus mecanismos para perfeccionar determinados actos en pos de encontrar la vía más sencilla, priorizando el fondo de la cuestión jurídica.

Otro supuesto relevante al objeto de estudio lo encontramos en la evolución de los contratos. Los contratos más modernos en Roma, producto de siglos de evolución, se perfeccionan con el mero consentimiento (*ex consensu*; contratos consensuales): Compraventa, Locación de Cosas, Locación de Obra, Locación de Servicios, Mandato, etc.

Esto nos demuestra que los romanos fueron construyendo estas instituciones

³⁰⁰ Costa, J. C. (2012). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 241-242.

³⁰¹ Costa. J. C. *Manual de Derecho*, cit., p. 242.

³⁰² Costa. J. C. *Manual de Derecho*, cit., p. 250.

jurídicas con la finalidad de respetar aquello que efectivamente resulta medular (el acuerdo de voluntades), dándole una importancia relativa o secundaria a aquello que resulta accesorio (la forma por la cual se acuerda).

En concordancia, debemos tener en cuenta que los romanos se valían de la palabra empeñada y que la preferencia por los instrumentos contractuales plasmados por escrito son una característica típica del Imperio Bizantino, el cual evidenció características diferentes tras la muerte de Justiniano, posiblemente por su contexto histórico-demográfico y por su complejo sistema burocrático.

De hecho, en el capítulo 3. 21 de las *Institutas*, Justiniano señala la obsolescencia de la *Nómina Transcripticia*, en relación a la posibilidad de quedar un individuo obligado *litteris*.³⁰³

Asimismo, en lo respectivo al negocio jurídico, los romanos supieron darse cuenta de la relevancia de la manifestación de la voluntad, y le dieron un papel fundamental siempre que ésta pueda entenderse de manera clara.

Finalmente, el último ejemplo a tener en cuenta reposa en la evolución del procedimiento tendiente a solucionar las controversias. En tal sentido, las *Legis Actiones* constituyeron las primeras vías que se entablaron en la Roma arcaica para darle solución a la *Lis*.

Pero también con el correr de los siglos, los pragmáticos pretores advirtieron el problema que el procedimiento de las Acciones de la Ley presenta, al exigir el empleo de fórmulas sacramentales –verbales– a la hora de entablar la acción y/o de oponer la defensa.

En este orden de ideas, las Acciones de la Ley se volvieron tediosas, dado que su excesivo formalismo obstaculizaba la resolución del problema de fondo.

Gayo nos cuenta al respecto sobre alguien a quien se le habían cortado viñas, por lo que debía actuar por la *actio* de *arboribus succisis* debiendo decir la palabra “árboles”, pero en cambio, dijo “viñas” (*vides*) y por ende, perdió el juicio,³⁰⁴ pese a ser claro en sus términos y más específico en cuanto al objeto de la *litis*.

En paralelo, el pretor peregrino fue desarrollando el procedimiento formulario en torno a la *Condictio*, y lo aplicaba a fin de otorgar o denegar acciones en conflictos jurídicos entre extranjeros.

La evolución del procedimiento formulario en relación a las acciones de la ley, radica en la aplicación de la escritura pero también en la eliminación de las formulas sacramentales, pues solo basta expresar con claridad la acción y la defensa. Es por ello que los ciudadanos romanos, que comenzaron a odiar la excesiva solemnidad de las Acciones de la Ley, solicitaron la aplicación del

³⁰³ Di Pietro, A. *Manual de Derecho*, cit., p. 371.

³⁰⁴ Di Pietro, A. *Manual de Derecho*, cit., p. 78.

procedimiento formulario para sus conflictos, hasta que dicho procedimiento les fue extensible mediante la sanción de la *Lex Aebutia* en el año 137 a. C. aproximadamente.³⁰⁵

Luego, en tiempos de Augusto, se sancionaron las leyes *Iuliae Iudiciorum Privatorum* y *Publicorum* en el año 17 a. C., por medio de las cuales se impuso el procedimiento formulario como sistema obligatorio para ser aplicado en todas las causas.³⁰⁶

Todos estos casos aquí analizados tienen un punto en común: en todos ellos se buscó priorizar la cuestión de fondo por sobre la de forma. Esta importancia que se le da en Roma al plano material es concordante con la mentalidad eminentemente práctica que tenían los romanos, en base a la cual diagramaron y edificaron su derecho.

Por lo tanto, podemos concluir que los romanos le dieron primacía a la realidad material por sobre las formas, toda vez que comprendieron que dicha realidad importa el núcleo estructural sobre el que gira toda cuestión jurídica.

³⁰⁵ Di Pietro, A. *Manual de Derecho*, cit., p. 83.

³⁰⁶ Di Pietro, A. *Manual de Derecho*, cit., p. 84.

Comienzo de la existencia de la persona humana

Por Héctor Lázzaro³⁰⁷

I. El sujeto de derecho

Sujeto de derecho o capaz de derechos, es solamente el hombre. Pero no todos los hombres eran en la sociedad romana sujeto de derecho. A más de ser hombres, se necesitan otras condiciones esenciales: ser libres (*“status libertatis”*) y en cuanto a las relaciones *iuris civilis*, ser ciudadanos (*“status civitatis”*).

El hombre que reúne en sí las condiciones que lo hacen capaz de derecho, es llamado con uso ya técnico, aunque no romano, “persona”, toma también el nombre de “personalidad”.

Los romanos distinguían con respecto a los derechos familiares y a los derechos patrimoniales: a la primera la llamaban *“connubium”* o *“ius connubii”*; la segunda, *“commercium”* o *“ius commercii”*.

II. Persona por nacer

II. 1. *Nasciturus*

¿Cuándo comienza la existencia de una persona física? Se suele afirmar que la persona comienza a partir de su nacimiento. Pero la noción estrictamente romana toma en consideración, para considerar el principio de la persona, al

³⁰⁷ Prof. Extraordinario Consulto Univ. Nacional La Plata.

concebido (“*qui in utero est*”), más tarde llamado vulgarmente “*nasciturus*”, si bien para la efectivización de determinados derechos, hay que esperar que nazca con vida.

Por eso, al hijo concebido se lo considera entre los herederos; dice Gayo: “Como en muchos otros casos a los hijos póstumos se los considera como ya nacidos, está admitido que a dichos póstumos se les pueda dar tutores por testamento, lo mismo que los ya nacidos” (Sabino-Ulpiano., D. 38. 16. 3. 9), igualmente se los protege con un “*curator ventris*” (Modestino, D. 26. 5. 20. Ep.)

Si la mujer abortara, por lo menos a partir de la *ley Cornelia de sicariis et beneficio*, se lo considera un crimen, debiendo sufrir la pena de destierro (“*exilium*”) (Ulpiano, D. 48. 8. 8).

Encontramos en el Digesto textos en los cuales se habla del “*qui in utero est*” (como estando en el útero), quedando en paridad de situación con el nacido, puesto que se lo comprende como siendo en la realidad “*in rerum natura esse*” (Paulo, D. I. 5. 26). De aquí surge la regla “*nasciturus pro iam nato habetur*” (al concebido se lo tiene ya por nacido).³⁰⁸

El código civil de Vélez Sarsfield disponía en su artículo 63: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido, estás concebidas en el seno materno”. En la “nota” a dicho artículo dice el Codificador: “Las personas por nacer no son personas futuras. Pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar. El artículo 22 del Código de Austria dice: ‘Los hijos que aún no han nacido tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trata de sus derechos y no de un tercero’. Lo mismo el Código de Luisiana, artículo 29, y el de Prusia, artículo 10. Pero el Código de Chile, en su artículo 74, dice: ‘Que la existencia legal de toda persona principia al nacer’. Y agrega el Codificador: “Pero si los que aún no han nacido no son personas ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar a una mujer embarazada? En el derecho romano había acciones sobre este punto. *Nasciturus habetur pro nato, Nasciturus pro iam nato habetur si eius comodo azitur*, etc.”. Se oponen a estos, otros textos del Digesto. Savigny explica perfectamente que no hay contradicción entre ellos (Tomo II, pág. 11).³⁰⁹

Dice Vélez que feto ya concebido, aunque no nacido es por consiguiente persona de manera efectiva “porque ya existe en el vientre de la madre”. Recibe un nombre especial, se denomina “persona por nacer” o “*nasciturus*”, concepción, hecho que tiene lugar en un período que se extiende, según Hipócrates,

³⁰⁸ Di Pietro, A. (1996). Derecho Privado Romano. Buenos Aires: Depalma, p. 80-81.

³⁰⁹ *Código Civil Argentino* (1960). Buenos Aires: Lajuanne.

entre los ciento ochenta días (plazo mínimo del embarazo) y los trescientos días (plazo máximo) anteriores al parto. Aulio Gelio hace remontar la fijación de estos plazos, máximo y mínimo a la Ley de las XII Tablas.³¹⁰

En resumen: con la concepción se inicia la existencia de la persona de existencia física, la que hasta el parto recibe el nombre de “persona por nacer”. Durante este período puede ser titular de derechos y obligaciones, con la salvedad de que estos derechos y obligaciones recién se consolidarán definitivamente sobre su cabeza, luego de operado el nacimiento, y si éste no se verifica se considera a la persona como si nunca hubiese existido (Juliano, D. 1, 5, 26).³¹¹

III. La capacidad jurídica

III. 1. Existencia del hombre

Para que el hombre sea considerado como existente, y capaz de derechos, es preciso que sea totalmente separado del claustro materno;³¹² en segundo lugar es necesario que nazca vivo;³¹³ en tercer lugar, que el parto sea perfecto, es decir, que el nace no sea un aborto;³¹⁴ por último, es preciso que tenga forma humana.³¹⁵

Pero para algunos efectos jurídicos, se retrocede a una época anterior al nacimiento y se tiene también en cuenta el hombre, todavía no nacido, pero sin embargo ya concebido.³¹⁶

Así, en algunos pasajes de nuestras fuentes legales, parece que los concebidos son plenamente puestos a la par con los nacidos. Juliano dice: “*Quis in utero sunt in Toto paene iure, civile in telligentum in rerum natura esse*”.³¹⁷ Y conforme a esto suena un proverbio vulgar: “*Conceptus o nasciturus propiam natur hebetar*”.

³¹⁰ Aulio Gelio (1953). *Noches Aticas*. Buenos Aires: El Ateneo, p. 131-134.

³¹¹ Juliano, D. I. 5, 26.

³¹² Ghirardi, J. C. y Alba Crespo, J. J. (1999). *Manual de Derecho Romano*. 9ª edición. Córdoba: Euducor, p. 157-158.

³¹³ I, 2, D, 1,5.

³¹⁴ Papiniano, L. 9, 1 D. *Ad leg. Falc.*, 35,2: “*Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*”; y Ulpiano, más enérgicamente, L. 1, 7, D. *De insp. V.*, 25,4: “*Partus enim. antequam edatur, mulieris portio estvel viscerum*”.

³¹⁵ Paulus: *Rec. Sente.*, 4. 9. 6. “El aborto puede ser también vivo. El tiempo mínimo para el parto perfecto es dado desde los seis meses cumplidos”.

³¹⁶ *Idem*.

³¹⁷ *Idem*.

Pero estas máximas, como se ordenaron los principios generales expresados por los romanos, deben ser entendidas con cautela y admitidas con las debidas restricciones; tomadas al pie de la letra son falsas y están en contradicción con otras enunciadas por los mismos romanos, las cuales niegan la personalidad del que está para nacer.³¹⁸

Tal solución romana concuerda exactamente con la de nuestro Código Civil. No ignoramos que en la doctrina civilista de nuestro país la opinión de quienes basándose en un fragmento de Paulo, reproducido en el Digesto (D., 1. 5. 7.), y otro de Ulpiano (D., 25, 4, 1, 1), sostenían que Vélez se había apartado de la doctrina romana. La cual habría considerado, siempre según esta línea de pensamiento, a la persona no existente recién desde el momento del parto, ya que antes el *nasciturus* no habría sido parte del vientre de la madre (*pars viceram matris*), al cual por una ficción se entendía como ya nacido únicamente en los casos en los que se trataba de hacer adquirir un derecho, y ello sujeto a la condición que se produjese el nacimiento con vida, situación con la cual dichos derechos se consolidaban definitiva e irrevocablemente.

Para Bonfante, el verdadero principio es el siguiente: el concebido no es actualmente persona; siendo, empero, siempre una persona eventual, “*in fieri*”, se le reservan y se tutelan aquellos derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido, y además, su capacidad jurídica se calcula, en cuanto sea preciso, desde el momento de la concepción, no desde el momento del nacimiento.³¹⁹

III. 2. *Época postclásica*

En el Bajo Imperio, para el *status libertatis* se sigue el criterio de que no importa si la madre fuera esclava en el momento de la concepción o del nacimiento, sino que bastaba que hubiera sido libre en cualquier momento intermedio del embarazo (Marciano, I, 5. 5. 2. 3; Paulo, 2. 24. 1-3). Tampoco quedan dudas de que se pueda en su nombre pedir la *bonorum possessio* o un *curator ventris* (Ulpiano, D. 37. 9, 1).³²⁰

³¹⁸ *Idem.*

³¹⁹ Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. 4ª edición. Madrid: Reus, p. 3.

³²⁰ Di Pietro, A. ob. y ed. cit., p. 81.

IV. El Código Civil de Vélez Sarsfield

Libro I, Título IV:

De la existencia de las personas antes del nacimiento (artículos 70 a 79).

Art. 70: Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiera nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si lo concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de ser separados de su madre.

Art. 74: Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran nacido.

Art. 75: En caso de duda de si hubieren nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario.

Art. 76: La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el maximun y minimun de la duración del embarazo.

Art. 77: El maximun de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el minimun de ciento ochenta días, excluido el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario.³²¹

V. Código Civil y Comercial

Libro Primero, Parte General, Título I, Persona Humana (artículos 19 y 20)

Capítulo I, Comienzo de la existencia.

Art. 19: La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

Art. 20: Duración del embarazo. Época de la concepción: Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.

Si no nace con vida, se considera que nunca existió. El nacimiento con vida se presume.³²²

³²¹ *Código Civil Argentino* (1960). Buenos Aires: Lajuanne.

³²² *Código Civil y Comercial de la Nación* (2015). 1ª reimpresión. Buenos Aires: La Ley.

Una pregunta: ¿existen los principios jurídicos?

Por Luis Aníbal Maggio³²³

I.

Jurgen Habermas se sirve del concepto “mundo de la vida” (*lebenswelt*) que fuera acuñado por Husserl y comprende el “ámbito del conocimiento precientífico y cotidiano de la experiencia sensible, distinguiéndolas de las experiencias obtenidas mediante mediciones específicas en las ciencias exactas. No es solo el mundo en que vivimos sino también la base presupuestas en todo conocimiento, incluso el de las ciencias”. Marginado del paradigma de la conciencia, lo presenta como “acervo culturalmente transmitido y lingüísticamente organizado de patrones de interpretación” que abarca infinidad de elementos culturales, prácticas sociales, normas, habilidades, órdenes institucionales, estructuras de la personalidad, etc. Es decir, un conglomerado que nunca puede tematizarse por entero y que opera predeterminando una *precomprensión* de las diversas situaciones. Tal reservorio de “actitudes, convicciones, creencias morales y formas de conducta, ya sea de una persona individual o de un grupo social o étnico”, conforma el “*ethos*” de una sociedad.³²⁴

La sociedad se encuentra constituida por el plexo de ordenamientos que regulan la pertenencia de los individuos al grupo social. Comprende pautas orientadoras de relaciones intersubjetivamente compartidas. El derecho es un orden reflexivo superior que emerge de este substracto social y procura capturar regulativamente en sus dominios mediante las llamadas “fuentes materiales”. Bordeando la erizada problemática sobre las fuentes del derecho, a los fines de esta exposición

³²³ Universidad de Morón. UCES.

³²⁴ Maliandi, R. (2010). *Ética Convergente*. Buenos Aires: Las Cuarenta, T. I, p. 26; Maliandi, R. (1991). *Ética: conceptos y problemas*. Buenos Aires: Biblos, T. I; Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, T. I. 3.

entenderemos estipulativamente por fuentes materiales “ciertos datos o hechos de la vida social (estándares axiológicos, convicciones, movimientos de opinión, declaraciones partidarias, etc.) que contribuirían a determinar el contenido de las normas jurídicas” y expresan una tendencia hacia lo jurídico que se positiviza mediante las fuentes formales (ley, jurisprudencia, doctrina).³²⁵

Las normas jurídicas no son creaciones “*ex nihilo*”. Al elaborar un proyecto de ley, el legislador, salvo que sea tocado por el improbable supuesto de la vara mágica de alguna “genialidad”, comienza por indagar fundamentos “en lo que hay” sobre el asunto en el mundo de la vida, sean creaciones espontáneas (creencias, ideas, valores, aspiraciones sociales, etc.) o reflexivas (reglas, conocimientos, antecedentes, etc.). Según de lo que se trate (economía, arte, religión, ciencia, etc.) encontrará seguramente valores o principios instalados en el imaginario o en el ámbito reflexivo de la sociedad, cuya fuerza inspiradora lo impulsará hacia su realización de la mejor forma posible o conjeturada introduciéndolos en el mundo del derecho, dotándolos de obligatoriedad jurídica y creando los medios más adecuados a tales fines. “Las normas proceden del mundo de la vida y la filosofía moral se limita a describir los procedimientos para legitimarlas”.³²⁶ En otras palabras, la norma se extrae de la cantera de las “fuentes materiales” y se la convierte en “fuente formal” (ley, jurisprudencia, doctrina). Debe aclararse sin embargo que la crítica al formalismo jurídico desde la postguerra ha puesto en cuestión esta distinción habitual.³²⁷

II.

Las normas de acción, sean morales o jurídicas, contienen siempre un “deber ser”, algo que debe ser cumplido y esa “vocación de ser cumplidas”³²⁸ es su causa eficiente. Desde este punto de vista y considerando en términos aristotélicos un “principio” como “lo primero desde donde algo es, se engendra o se conoce”, toda norma está inspirada o impulsada por un principio y expresa un juicio de valor.³²⁹ Es que el fin está en el comienzo, como también dijera el Estagirita;³³⁰ a su vez Santo Tomás y los escolásticos reiteraban: “*Finis, qui*

³²⁵ Aftalion, E., García Olano, F. y Vilanova, J. (1964). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley, Bs.As, X, 3; Cueto Rúa, J. (1982). *Las fuentes del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Cap. I.

³²⁶ Cortina, A. (1991). “Ética Comunicativa.” En *Concepciones de la Ética*. Madrid: Trotta, p. 179.

³²⁷ Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*. Madrid: Trotta, 1º parte, cap. I.

³²⁸ Recasens Fiches, L. (1945). *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, cap. I.

est primus in intentione, es ultimus in executione".³³¹ Pero como contiene la exigencia normativa de ser realizado de la mejor manera, desde este otro punto de vista, podemos considerar a los principios, en nomenclatura de Robert Alexy, como "mandatos de optimización".³³² Los "principios" que el legislador colecta de la cultura del mundo de la vida, que es una de sus dimensiones, son pues el punto de partida inspirador y movilizador de su proyecto de ley y lo interpelan a plasmarlo en la realidad apuntando a lo mejor.

Los juicios normativos suelen denominarse genéricamente como *juicios morales* comprendiendo los *juicios de deber* (lo que debe hacerse o no hacerse) y *juicios de valor* (lo que es valioso o disvalioso). "Una norma es un tipo específico de regla. Una norma moral (que es lo que aquí nos interesa) es la expresión de una determinada exigencia para la acción",³³³ dice Ricardo Maliandi, aserto trasladable al derecho, que es lo que aquí nos interesa. Si tenemos en cuenta la fuerza con que se impone el deber, los juicios del derecho son *coactivos* o *coercibles* y todos los demás *morales* (no coercibles); pero, mientras los juicios morales en sentido amplio (usos y costumbres) tienden a realizar diversos valores (utilidad, placer, bienestar, etc.), con propiedad *morales* lo son aquellos que tienden a realizar el valor de lo bueno y lo correcto.³³⁴

Lo que determina "lo que es ser esto y no otra cosa" es, en términos aristotélicos, la "forma" de todo ente.³³⁵ Hay pues una "forma" de identificación de lo moral y una "forma" de identificación de lo jurídico. Moral y derecho genéricamente concuerdan en cuanto son normas generales de acción; no obstante difieren específicamente, aunque vale recordar que la diferenciación entre moral y derecho es, en palabras de von Ihering, el "Cabo de Hornos" de la ciencia jurídica y, según Benedetto Croce, un verdadero rompecabezas. Para Habermas,³³⁶ la forma jurídica no es un principio que pueda fundamentarse en términos epistémicos o normativos, pero las características formales del derecho pueden funcionalmente explicarse con el cotejo entre ambos órdenes normativos.

³²⁹ Kelsen, H. (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ciudad de México: Imprenta Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México; Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción por Moisés Nilve. Buenos Aires: Eudeba.

³³⁰ Etic. Nic. VI, V, 15.

³³¹ Summa Teholog. I-II, q. 1 ad unum; a.3 ad 2um; a 4; q. 18 a.7.ad 3um.

³³² Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, apéndice B, I.

³³³ Maliandi, R. (1991). *Ética: conceptos y problemas*. Buenos Aires: Biblos, T II, 2.

³³⁴ Rawls. J. (1979). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Imprenta Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México.

³³⁵ *Metafísica*. VII, 1929^a.

³³⁶ *Facticidad y Validez*, op.cit., cap. III, II.

Las dicotomías clásicas *autonomía/heteronomía, subjetividad/intersubjetividad* y *incoercibilidad/coercibilidad*, aparecen hoy en día rebasadas por la penetración de lo subjetivo (intención, voluntad, etc.) en el derecho y la tendencia a la bilateralidad en lo moral.³³⁷ Se proponen en reemplazo otras caracterizaciones. Herbert L. A. Hart,³³⁸ por ejemplo, el más importante continuador de Kelsen, reafirma la distinción entre moral y derecho para prevenir el riesgo de que el derecho sea suplantado por la moral. Las conexiones del derecho y la moral son históricas y empíricas, pero no existe una “conexión lógica y conceptualmente necesaria”. Los rasgos o “características cardinales” que permiten trazar una línea divisoria entre la moral y el derecho, según este autor, son: a) la mayor *importancia* que las sociedades otorgan a la moral, mientras las normas jurídicas ocupan un lugar relativamente bajo; b) la *inmunidad al cambio deliberado*; las normas morales no son creadas artificialmente como las jurídicas y son resistentes al cambio, en tanto las jurídicas son contingentes; c) *el carácter voluntario* de las transgresiones morales; el reproche moral supone voluntariedad en las decisiones, lo que no siempre ocurre en el derecho (responsabilidad objetiva); y d) las *formas de presión moral* (advertencias severas sobre lo que exigen, apelaciones a la conciencia, confianza en la eficacia de la culpa y el remordimiento) que resuman ciertos elementos internos relacionado al temor y al castigo y presuponen un sentimiento de vergüenza o culpa.

A su vez, Jürgen Habermas³³⁹ apunta que el carácter abstracto de las normas morales –cuyos principios generalmente son aceptados: justicia distributiva, ayuda al necesitado, solidaridad, etc.– sufre dificultades en su aplicación concreta (requieren consideraciones de diversa circunstancia objetivas y subjetivas) y, cuanto más complejas son las cuestiones, los problemas de fundamentación y aplicación exceden la capacidad analítica del individuo. Hay una *indeterminidad cognitiva* que el derecho resuelve mediante la facticidad de su producción, al determinar el legislador qué normas han de valer como derecho, los órganos y los procedimientos para su efectivización. A la indeterminidad cognitiva se suma una *incertidumbre motivacional* en cuanto a la concurrencia de una fuerza de voluntad suficiente para obrar por principios morales aún a costa de su propio interés. El derecho, mediante la facticidad de su producción de normas, supera la indeterminación estableciendo coercitivamente (bajo amenaza de sanción)

³³⁷ Guariglia, O. y Vidiella, G. (2001). *Breviario de Ética*. Buenos Aires: Edhasa, cap. I; Kiserman, N. (comp.) (2001). *Ética, un discurso o una práctica social*. Buenos Aires: Paidós, cap. 4; Lévinas, E. (1993). *Humanismo del otro hombre*. Madrid: Caparrós Editores.

³³⁸ Hart, H. (1977). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, VIII-IX; Hart, H. (1962). *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma.

³³⁹ *Facticidad y Validez*, op. cit., III, II, 181/4.

el comportamiento debido; las normas válidas solo son exigibles si pueden imponerse aun contra la voluntad renuente. La “gracia” del derecho consiste en que establece la obligación pero deja librado al individuo el motivo de la obediencia. Puede cumplir la ley por “razones morales”, o por cualquier otro impulso, centralmente el temor a la sanción compulsiva. La moral atribuye obligaciones resultantes de su carácter universalistas cuyo carácter puede ser inequívoco (combatir la pobreza, procurar la paz, etc.), pero que no pueden alcanzar soluciones prácticas sino mediante organizaciones o instituciones. Cuando más abstractas son tales obligaciones, más se acentúa la divergencia entre su carácter universalista por un lado y las coerciones administrativas y resistencia al cambio por el otro. Solo el derecho, que de por sí es reflexivo, contiene un repertorio de normas secundarias que posibilitan la aplicación de las normas primarias de regulación y control de los comportamientos y alcanzan a personas físicas, jurídicas y entes ficticios como organizamos e institutos.

En atención a estas razones, que Habermas había abordado desde el enfoque de la “Teoría del discurso”, en un ciclo de conferencias denominadas “Tanner Lectures” (1986), el derecho y la moral guardan para este autor una “relación de complementariedad”. En el prefacio de la obra que venimos citando³⁴⁰ manifiesta haber llegado a una definición distinta de la relación de complementariedad entre derecho y moral, que aclara en el epílogo a la cuarta edición revisada de la obra (1993). El nuevo enfoque parte del concepto de “autonomía”. Si bien la moral y el derecho regulan conflictos interpersonales y ambos órdenes normativos tienen por fin proteger por igual la autonomía de todos los participantes y afectados, la positividad del derecho establece una “escisión” de la autonomía sin equivalente en la moral. La autonomía moral es un concepto “unitario” en virtud del cual la obligatoriedad y cumplimiento de una norma depende del juicio imparcial del mismo individuo autodeterminado, mientras que la autoderminación del ciudadano es bifronte; aparece “en la doble forma de autonomía privada y autonomía pública”. Es decir, la autonomía en el sentido de libertad moral (privada) no coincide con la autonomía “jurídica” ya que ésta contiene en sí otros dos “momentos” de libertad: la de arbitrio del actor (agente) que decide racionalmente de acuerdo a fines y de la persona que decide éticamente. Los derechos subjetivos “desligan” a las personas de mandatos morales bajo el principio de que “todo lo que no está prohibido está permitido”³⁴¹ abriendo espacios para el ejercicio de la libertad de arbitrio. En la moral se da una simetría entre derechos y deberes, mientras

³⁴⁰ Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

³⁴¹ “Postulado metafísico de la libertad”.

que los deberes jurídicos son los que resultan de salvaguardar las facultades y derechos teniendo en consecuencia primacía. La autonomía moral se agota en la capacidad de autovincularse uno de forma racional, mientras que la autonomía de la persona incluye la autonomía de los ciudadanos ejercida en común y la también capacidad de elección racional y autorrealización ética (según Rawls, de perseguir sus propias concepciones del bien). Por ende, el ejercicio de la autonomía jurídica apunta en dos direcciones: el uso público de las libertades comunicativas y el uso privado de las libertades subjetivas, no pudiendo entenderse el derecho como un caso especial de la moral.

Las materias susceptibles de regulación jurídicas son más restringidas que las morales porque se circunscriben a los comportamientos externos coercible, pero a la vez son más extensas porque no se agota en la regulación de conflictos interpersonales sino que el derecho sirve de medio para la organización de la dominación política y otorga a los fines y programas colectivos una fuerza vinculante. Por otra parte, en el derecho no se plantean tan solo cuestiones morales, sino también aspectos empíricos, pragmáticos y éticos o referidos a una ponderación equitativa de intereses susceptibles de compromiso. De allí en el proceso de formación de la voluntad común el legislador ha de valerse de distintos discursos y negociaciones, no solamente de discursos morales.

Estas y otras caracterizaciones son muy ilustrativas y de recibo. No obstante, si suspendemos todas esas razones argumentables y nos atenemos al concepto aristotélico de “forma”, o sea, “lo que es ser esto”,³⁴² quizá lleguemos a las últimas coordenadas que nos permite identificar “lo que es ser derecho” y “lo que es ser moral” o, al menos, “sin eso” no es derecho y “sin eso” no es moral. La moral tiende a realizar lo bueno y lo correcto en forma autónoma (i. e., voluntaria), de modo que una moral coercible, un querer hacernos buenos a la fuerza, sería una contradicción insostenible, mientras el derecho tiende a realizar lo justo en forma heterónoma (i. e., impuesta por una voluntad ajena, en estos tiempos, por el Estado) y exigible coercitivamente. La moral es una creación espontánea de la sociedad, el derecho es, otra vez en palabras de Habermas, artificialmente creado. La moral carece de un “código específico” de sanciones (salvo el menosprecio social o el remordimiento de la conciencia) y de una autoridad de aplicación; en el derecho toda norma lleva aparejada una sanción específica para algunos como Hans Kelsen, o al menos una “amenaza de sanción” (Hardt-tomismo) por parte del Estado administrador del monopolio de la fuerza. De allí que la “forma jurídica” requiera necesariamente, aunque no se efectivice en todos los casos sino *ut in pluribus*, la nota de *coercibilidad*. Las llamadas “norma de competencia” son jurídicas en cuanto pertenecen a un

³⁴² *Metafísica*. VII, 1929^a.

sistema que regula el uso de la fuerza pública.³⁴³ “Mandato”, “deber” y “sanción”, términos recíprocamente implicados, forman el núcleo constitutivo de derecho y todo lo que no puede expresarse como un mandato a obedecer bajo amenaza de sanción (vgr. la moralidad) queda al margen. Como sabemos, el repertorio de los *mores maiorum* se convirtió en derecho cuando sus normas fueron asumidas con la convicción de ser necesarias y obligatorias (*opinio certa iuris seu necessitatis*) y, por ser obligatorias, el incumplimiento traía una sanción punitiva. Ergo, sin voluntad autónoma no hay moral, sin posibilidad de coerción no hay derecho.³⁴⁴ Pero aclaremos: la coacción no es un elemento de la esencia del derecho, sino un complemento; el derecho es lo contrario, precisamente donde no hay derecho es donde hay coacción, donde prevalece la nuda fuerza. No obstante, el derecho necesita de la coacción en ciertas circunstancias (según Kant, ante un obstáculo o impedimento a la libertad) para ser efectivo, en cuyo caso se “la coacción se justifica por el derecho, no el derecho por la coacción” (Habermas).

Ocioso será ensayar aquí la alabanza de la Justicia, virtud excelsa (Aristóteles), eterno anhelo humano de felicidad (Kelsen), principal virtud de todas las instituciones sociales (Rawls). El mundo de la vida está poblado por innumerables y perseguidores requerimientos de corrección, bondad, solidaridad, y toda una corona de virtudes personales y sociales sobre las que brilla la Justicia como la virtud total y perfecta.³⁴⁵ A todas las exigencias morales o éticas orientadoras de la acción solemos llamar “principios”. Y, como todo mandato de tal naturaleza, compele al humano para ser eficazmente realizado, pero su fuerza normativa propia puede no ser suficiente. La sociedad ha de ofrecerle los instrumentos necesarios para su cumplimiento. La humanidad no ha hallado otro mejor que el derecho. Lo moral con sus principios emigra entonces al mundo del derecho que a veces los recibe, otras los convoca, los incorpora y se nutre de su sustancia axiológica.

Mucho se ha discutido sobre los “principios morales” que han emigrado al mundo del derecho, especialmente si son “principios jurídicos” o “normas” jurídicas o de otra naturaleza. Hay tesis por la negativa y la afirmativa. En Revista ADRA, Vol. III, he tenido oportunidad de tratar este tema. En esta comunicación, nos proponemos examinar cuál sería la entidad de los principios morales

³⁴³ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. Hardt, op. cit.; Ross, A. (1953). Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Eudeba.

³⁴⁴ Cfr: Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y Iuspositivismo*. Madrid: Trotta, cap.7; Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia, p. 285.

³⁴⁵ Etic. Nic.

que son receptados y sancionados por el derecho positivo, bajo la sospecha de si realmente existen tales “principios jurídicos”. Ocurre que cuando un principio ético o moral ha sido establecido por un ordenamiento jurídico se suele decir que se trata de un “principio jurídico” (por ejemplo, la buena fe como “principio jurídico” en materia de contratos). Genaro Carrió³⁴⁶ ofrece una distinción entre reglas (norma jurídica) y principios 1 (generales que forma parte del sistema) y principios 2 (vgr. una cita del Digesto) que no forman parte del sistema pero sin embargo son “jurídicos”. Esta distinción que he tenido oportunidad de comentar en la conferencia del III Congreso Patagónico de Derecho Romano, celebrado en General Roca, Río Negro, suscita el interrogante de cómo puede ser “jurídico” un principio “que no forma parte” del sistema jurídico.

III.

El derecho como sistema dinámico (Kelsen) podemos abordarlo en dos momentos: 1) el de la elaboración normativa (proceso legislativo) y 2) el de aplicación de la norma (proceso judicial).

III. a)

La “forma” de la norma moral es la de un *deber ser* general que desde Hegel suele ser bifurcarse en: *moral* (moralidad) por su aspiración universalista (apelaciones a la paz, la solidaridad, la igualdad, etc.) y *ética* (eticidad) o repertorio de normas que son vividas en una comunidad determinada (moral positiva). Pero con más o menos extensión, ambas formas tienden al mayor despliegue normativo. Bertrand Russell, no obstante su declarado relativismo cultural, llega a decir que se le haría imposible admitir la crueldad. “No hay ninguna moral vigente”, dice N. Hartmann, “que no tenga la tendencia a ser moral absoluta. En efecto, la moral vigente solo tiene validez mientras esté viva en ella la fe como moral absoluta”. Pero, por otra parte, “el problema ético recae sobre la situación, y ello de tal modo que ni un solo valor puede responder a todas las situaciones”.³⁴⁷ “La conducta no puede ser conformada de manera que no exija excepciones”, dice Stuart Mill.³⁴⁸

³⁴⁶ Carrió, G. (1983). *Notas sobre el derecho y el lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, cap.III.

³⁴⁷ Hartmann, N. (2011). *Ética*. Madrid: Encuentro, p.79; Hartmann, N. (1961). *Introducción a la Filosofía*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

³⁴⁸ Mill, S. (1980). *El Utilitarismo*. Buenos Aires: Aguilar, cap. II, p .55.

La “forma jurídica” consiste en ser norma general y abstracta establecida por autoridad competente mediante un proceso reglado y amparada por la posibilidad de coerción en caso de incumplimiento. La “forma moral” carece de autoridad competente, proceso reglado (aunque hay un tipo de argumentación o discurso moral) y posibilidad de coerción.

La relación moral-derecho puede ser contemplada desde dos miradores. Vista desde la moral, habría un vínculo de fundamentación. “Como en el lenguaje corriente los contenidos éticos sólo encuentran muy imperfectas caracterizaciones, todo impulso para la acuñación de conceptos del valor será un desafío. De ahí se sigue caracterización que no basta la mirada general a la vida del hombre para la orientación, aunque de hecho todo esté arraigada en ella; tiene que añadirse la visión en conjunto de conceptos de valor acuñados con precisión... por eso es lógico volver la vista en primer lugar hacia los dominios de la ciencia. Ahora bien, sólo hay una ciencia de naturaleza práctica que posea un sistema exacta y estructurado de conceptos, la ciencia jurídica”. Tanto el derecho como la ética tienden a la realización de lo valioso, pero la ética muestra una amplitud y riqueza diferente al contener la determinación de un fin supremo dominante de todos los fines, mientras que el derecho se limita a los medios que conducen a un valor real y auténtico pero solo uno entre muchos, y nos se ocupa de su determinación conceptual sino a las consecuencias que se siguen de él. La ciencia y el sentimiento jurídico que la anima son orientadores para la ética pero en una medida muy modesta. En cambio, está claro que la ética tiene que contener la fundamentación última del derecho explicitando en su tabla de valores el valor del derecho.³⁴⁹

Desde el mirador del derecho, la relación, según Habermas, es de *complementariedad*, sin perjuicio de que para el autor “el derecho se legitima por la concordancia con los principios morales de justicia y solidaridad universalista y principios éticos conscientemente asumidos individual y colectivamente”. El carácter abstracto de las normas morales –cuyos principios generalmente son aceptados: justicia distributiva, ayuda al necesitado, solidaridad, etc.– sufre dificultades en su aplicación concreta (requieren consideraciones de diversas circunstancias objetivas y subjetivas) y, cuanto más complejas son las cuestiones, los problemas de fundamentación y aplicación exceden la capacidad analítica del individuo. Por ello y demás razones que se han expuesto supra, una moral regida por principios necesita una complementación por el derecho positivo, en virtud de la cual los principios morales del derecho natural se han convertido en derecho positivo en los Estados constitucionales. Pero la moral ya no se cierce por encima del derecho, como entendía la construcción del

³⁴⁹ Hartmann, N. *Ética*, op. cit., cap. VII, b.

derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas; emigra procedimentalmente al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en el derecho positivo. El derecho, aun con independencia del hecho de que solo sea válido en tanto derecho positivo, ha de poder al menos mantener la ficción de ser un derecho justo o correcto.³⁵⁰

Sea el principio "*In omnibus quidem. Maxime tamen in iura, aequitas spectanda est*".³⁵¹ En su expresión moral, es un noble principio regulador de todo el inabarcable espectro de la acción humana, pero su sola *vis* normativa aflora menesterosa, sería notoriamente insuficiente para estructurar y dar estabilidad a la selvática trama de las relaciones de poder de una comunidad. A su "indeterminidad" cognitiva y motivacional, se le agrega su carencia de medios y recursos para su realización. Receptado en el mundo del derecho, el principio queda *ipso facto* recortado a un espacio cierto de las acciones humanas, se reviste de un carácter obligatorio, tiene a sus espaldas una garantía de coercibilidad. Pero no basta su mera enunciación, ni siquiera será necesario "transcribirlo" al lenguaje jurídico (en todos los casos deberá observarse la equidad). Lo que fundamentalmente importa y tiene sentido es que deberá ser obligatoriamente aplicado en diversas situaciones de disparidad (enriquecimiento ilícito, lesión enorme, protección del más débil, etc.). El exegeta dirá más tarde al analizar esos institutos jurídicos que se encuentran inspirados en el *principio de equidad*.

La forma es lo que hace que una cosa sea lo que es y no otra cosa. Podemos aquí sobrevolar la polémica naturalismo-positivismo si tenemos en cuenta que "lo que es" puede serlo por naturaleza o por convención. Un principio ante la insuficiencia de su fuerza normativa propia emigra al mundo del derecho para adquirir exigibilidad y eficacia, pero para ello obviamente debe adquirir la "forma jurídica". La "forma" jurídica es la de norma heterónoma, exigible, obligatoria y coercible. ¿Es posible conservar ambas formas? ¿Es posible ser simultáneamente principio moral y norma jurídica? Principio no contradicción mediante, no lo sería. Si decimos que para tener "juricidad" el principio debería despojarse de su "forma" moral, se podría argumentar en contrario que en ese caso el principio perdería su "moralidad" al trocarse en "juricidad". Depende de cómo interpretemos el significado de "moralidad", como *exigencia axiológica* o como *incoercibilidad*. Al ingresar al mundo del derecho, el principio conserva intrínsecamente su exigencia moral como valor fundante, pero bajo otra forma: se ha trans-formado en una norma jurídica coercible que lo expresa. Es decir, el principio es siempre moral, la norma siempre es

³⁵⁰ *Facticidad y Validez*, op. cit., III,II, 164, 181/4; I. *Complementos y Estudios previos*, p. 545, 547, 559, 565, 574.

³⁵¹ Dig. I-XVIII, 90.

jurídica. No hay una norma “moral” (incoercible) que sea jurídica, ni una norma jurídica (coercible) que sea “moral”. La norma puede ser desobedecida o anulada sin por ello afectar al principio moral que, por orientarse hacia la universalidad, permanecerá indemne a las contingencias de la historicidad del derecho, pero no podrá “hacerse valer” en ese mundo real sin el auxilio del “brazo armado” del derecho.

Valga también al respecto lo dicho en Dig. XVIII, 85, 2: “*Quotiem aequitatem desiderii naturales ratio, aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis temperanda est*” (“Siempre que la razón natural o a duda sobre el derecho se resiste a la justicia de una demanda, debe arreglarse con justos decretos”, traducción de Álvaro D’ Ors).³⁵² *Nisi fallor*: cuando de alguna forma se afecta la equidad, hay que subsanar el agravio mediante “decretos justos”. ¿Qué son decretos sino normas positivas?

Conservadas las respectivas formas y mantenida la relación de complementariedad se evitarán los vicios del querer legalizar la moral (legalismo) o moralizar (moralismo) el derecho.³⁵³

III. b)

La apelación, recurso a los principios en los casos de difícil interpretación o lagunas del derecho, tiene larga trayectoria. Ya Aristóteles pone al juez en el lugar conjetural del legislador en la emergencia de encontrarse sin ley (επιεικειασ). Para el positivismo jurídico (Hardt, etc.), en tales circunstancias, el juez decide discrecionalmente. Dworkin concibe el derecho como un sistema de reglas y de principios a los que recurrir en los “casos difíciles”.³⁵⁴ Sea

³⁵² Inicialmente tomé la traducción de G. del Solar: “Siempre que la razón natural, o a una deuda de derecho se oponga a la equidad de la preterición, el negocio se ha de atemperar a decretos justos”, pero advirtiéndome que el texto latino dice “*dubitatio iuris*” y lo traduce “una deuda de derecho”, desconfié ya que en ningún diccionario “*dubitatio*” significa “deuda.” Conjeturé un eventual error tipográfico y me incliné por cuestión dudosa de derecho. Pero además, ¿podría la razón natural oponerse a la equidad? Y, ¿no sería más apropiado traducir “la preterición de la equidad” (es decir, la equidad preterida, relegada) que la “equidad de la preterición?” Parece que la traducción indicada merecería un llamado a indagatoria. Consulté al colega y amigo Dr. Norberto Rinaldi, quien tuvo la gentileza de facilitarme la traducción de Álvaro d’Ors que he transcrito y me confirma que efectivamente la traducción de García del Solar es desacertada.

³⁵³ Laporta, F. (2003). “Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo.” En Campos, V. (comp.). *Historia de la Ética*. Barcelona: Editorial Crítica, T. 3.

³⁵⁴ Bobbio, N. op. cit. Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

que el juez se mimetice en legislador, sea que proceda prudencialmente a su leal saber y entender, en el proceso de aplicación de la ley, el cuadro es *mutatis mutandi* el mismo. Este hombre recurrirá a pautas y principios culturales del mundo de la vida y del derecho, pero cuya virtualidad normativa no tendrá fuerza resolutoria exigible coercitivamente mientras no hayan sido introducidos y revestidos con la “forma” jurídica, en este caso, de una sentencia o norma individual.

Este enfoque podría ser objeto de alzamiento por parte del “iusnaturalismo” que distingue entre positividad *ex forma* y positividad *ex causa*. La positividad *ex causa* responde a la intervención del legislador. La positividad *ex forma* responde a los caracteres necesarios para disciplinar la vida social: *debitum alteri ad aequalitatem* (lo justo debido a otro en su exacta medida), de modo que por esta variable existirían principios de una normatividad tan fuerte que tendrían *per se* juricidad; habría pues juricidad *intrínseca* y *extrínseca*.³⁵⁵ El enigma es cuándo se produciría la trasmutación de lo natural a lo jurídico positivo. Según Santo Tomás, lo justo puede darse “*ex natura rei*” (*iustum naturale*) y “*ex conducto*” (derecho positivo). El tránsito de la “zona nuclear” (*iustum naturale*) a la positividad (*iustum ex conducto*) se iría produciendo “*per modum deductionis*” (a modo de deducción) y “*per modum determinationis*” (a modo de especificación). Los extremos no muestran dificultad: *iustum naturale*, zona nuclear, pura naturalidad, por una punta; *iustum ex conducto*, zona concreta, pura positividad, por la otra.³⁵⁶ El problema está en el eslabón intermedio. “*Per modum deductionis*”: “la norma de vida práctica que le sigue, no se sigue ya como un simple dictado espontáneo de las cosas, como un reflejo natural de un estado objetivo ya existente, sino que debe ser descubierta como querida o sugerida por lo que es previsible en el curso ordinario de los sucesos humanos”. Sería una zona neblinosa, algo así como un condominio por confusión de límites, entre una moralidad intermedia y una positividad al alcance. Por nuestra parte, aceptamos la existencia de tales principios fundamentales que por su autoevidencia o densidad normativa intrínseca obligarían al legislador o al juez. Al legislador por lo menos negativamente al no permitir una norma en contrario y al juez positivamente a aplicarlos en el caso “*sine lege*”, pero es obvio que, no obstante su determinante y diríamos irresistible valor, no tendrían exigibilidad

³⁵⁵ Sto. Tomás. *Com. Etic. Nic.* V, 12, 107; Graneris, G. (1977). *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, cap. V; Massini Correas, I. (1994). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, I, 3 / Bobbio, N. *Iusnaturalismo y Positivismismo Jurídico*, op. et loc. cit.

³⁵⁶ Cfr: Graneris, G. (1977). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, cap. V.

coercitiva y eficacia mientras no hayan traducidos concretamente a forma jurídica y auxiliados por el derecho mediante ley o sentencia. Podríamos decir que los principios morales son *declarativos*, mientras las normas jurídicas son *operativas*. El mismo prestigioso autor que citamos reconoce: “Hasta que la ley natural no haya recibido estas últimas determinaciones es insuficiente para regular la vida humana en sociedad”.³⁵⁷ De acuerdo con lo argumentado en esta comunicación podríamos entonces decir: hasta que no hayan recibido la “forma jurídica”.

Nadie dudaría que, a la luz de principios superiores, los crímenes de lesa humanidad del nazismo fueron inaceptables y merecedores de sanciones ejemplares, pero también fue necesario que los tribunales de Nuremberg los acogieran y en virtud de ello dictaran e hicieran cumplir sus sentencias, para que los principios de un derecho natural “desarmado”³⁵⁸ pudieran imponer el escarmiento.

³⁵⁷ Es decir, las normas jurídicas que posibiliten efectivizarla. “Particulares direcciones” *Summa Theolog.* I-II, 91, 3 ad um.

³⁵⁸ Bobbio, N. op. et loc. cit.

Autonomía y competencias municipales en Roma. Proyecciones en la Argentina del siglo XXI

Por Andrea Silvana Mederos³⁵⁹

Resumen

Los romanos, debido a su necesidad de descentralización administrativa, crearon diferentes tipos de ciudades, a las que les otorgaron distintos status. Dentro de éstas se destacan en importancia las colonias y los municipios, de los cuáles es importante destacar las similitudes y diferencias. El municipio, creado por una ley especial, contaba con una gran autonomía, teniendo órganos propios de gobierno, gozando de la posibilidad de dictar sus propias normas y de desarrollarse con cierta independencia de Roma.

En Argentina es nuestra constitución la que establece la autonomía municipal e impone a las provincias la tarea de fijar los alcances de ésta, siendo por ello de diferentes alcances en cada uno de los 23 estados provinciales.

Palabras clave: *Municipium*; autonomía; Roma

Sumario

I. *Municipium* en Roma; I. a. *Clases de municipios*; I. a. 1. *Ager romanus*; I. a. 2. *Municipios latinos*; I. b. *Autonomía municipal en Roma*; II. Los municipios en el derecho argentino del siglo XXI; II. a. *Los municipios en la Constitución Nacional Argentina*; II. b. *La autonomía municipal en las constituciones provinciales*; III. Conclusión.

³⁵⁹ Profesora en: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de La Matanza y Universidad Abierta Interamericana.

I. *Municipium* en Roma:

Al igual que en Argentina, los municipios en Roma eran ciudades con un sistema particular de gestión. Muchos fueron ciudades preexistentes a la conquista. En relación a la descripción física de la ciudad podemos tomar la definición de Pomponio, citado en *Libro singularis*, “D. 50. 16. 239. 6. ‘*urbs*’ ab urbo appellata est: urbare est aratro definire. Et Varus ait urbem appellari curvaturam arati, quod in urbe condenda adhiberi solet. 7. ‘*Oppidum*’ ab ope dicitur, quod eius rei causa moenia sint constituta. 8. ‘*Territorium*’ est universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis: quod ab eo dictum quidam aiunt, quod magistratus eius loci intraq eos fines terrendi, id est summovendi ius habent.”³⁶⁰

El *municipio* es, en sus orígenes, una ciudad aliada a Roma y sujeta a obligaciones militares, cuyos habitantes gozaban de una suerte de ciudadanía inferior. A mediados del siglo III a. C. hasta el 90 a. C. los distintos municipios fueron obteniendo gradualmente la plena ciudadanía romana, y en el 89 a. C. la condición municipal se extiende a toda la comunidad de derecho latino, devenida de derecho romano en edad imperial. El término define toda comunidad itálica autónoma que no sea una colonia romana. Esta institución gradualmente se extiende a las provincias.

Esta célula política será bautizada por los romanos como *Municipium* en el siglo IV a. C. Modestino recordaba a los municípes³⁶¹ de las colonias y a los partícipes políticos del centro que Roma era, finalmente, la patria común.³⁶²

³⁶⁰ § 6. Se llama *Urbs* (ciudad), de *urbum* (esteva); urbanizar es deslindar con el arado; y dice Varo que se llama *urbum* (esteva) la curvatura del arado, que se suele emplear al fundar una ciudad (urbe); § 7. Se dice *oppidum* (ciudad fortificada) de *ops* (amparo), porque por causa de este se hacen las murallas; § 8. Es “territorio” la universalidad de los campos dentro del término de cualquier ciudad; algunos dicen que fue llamado así porque el magistrado de este lugar tiene dentro de tales términos el derecho de aterrar, esto es, de desterrar.

³⁶¹ D. 50, 1, 1, Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro II.* “Constituye al municípe, o el nacimiento, o la manumisión, o la adopción. 1. -Y a la verdad, se llaman propiamente municípes los partícipes del cargo, admitidos en la ciudad para que con nosotros desempeñen los cargos; pero ahora llamaremos abusivamente municípes a los ciudadanos de su propia ciudad, por ejemplo, o los Campanos, y a los Puteolanos”; D. 50, 1, 1, 0, Ulp. 2 ad ed. “*Municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoption*”; D. 50, 1, 1, 1, Ulp. 2 ad ed. “*Et proprie quidem municípes appellantur muneris partícipes, recepti in civitatem, ut munera nobiscum facerent: sed nunc abusive municípes dicimus suae cuiusque civitatis cives, ut puta Campanos, Puteolanos*”.

³⁶² D. 50, 1, 33, Modestino: De las manumisiones, libro único. “Roma es nuestra patria común.”

Papiniano refiere que “se entiende que los múnicipes saben lo que saben aquellos a quienes se les encomendó todo el cuidado de la república”.³⁶³

Se cree que la primera vez que se empleó propiamente el sistema de *municipium* fue en el año 181 a. C. a una tribu llamada Tusculana.³⁶⁴ Mediante la institución municipal el Imperio Romano concedió a sus localidades autonomía sin independencia permitiéndoles de este modo desarrollar las identidades propias de su vida social y cultural, sin perder el control.

Durante la República la fundación de municipios se restringió al territorio itálico, pero a partir del Principado la fórmula imperante fue el municipio. Desde el siglo VIII el municipio fue considerado como una ciudad³⁶⁵ con una administración autonómica de magistrados, curias y comicios. Petit la equipara con las prefecturas, que son municipios cuyo poder judicial se ejecuta por un *prefectus* enviado de Roma.³⁶⁶

El municipalista español Adolfo Posada³⁶⁷ señala como características del municipio romano las siguientes:

1. Un territorio o espacio geográfico propio.
2. Un pueblo que se manifestaba en su asamblea general.³⁶⁸
3. Una organización, representada en un cuerpo deliberante (Curia) con sus autoridades (Magistraturas).
4. El culto a los dioses.³⁶⁹

El gobierno y la administración de los municipios estaban a cargo de dos

³⁶³ D. 50, 1, 14, Papiniano: Cuestiones, Libro XV. “Se entiende que los múnicipes saben lo que saben aquellos a quienes se les encomendé todo el cuidado de la república.”

³⁶⁴ Hernández, A. (2014). *El municipio*. Ciudad de México: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 92.

³⁶⁵ Para Paulo, la denominación “ciudad” se limita a los muros, pero la de “Roma” se amplía a los edificios inmediatos, lo que es más extenso. Digesto 50, 16, 2. “‘*Urbis*’ *appellation muris, ‘Romae’ autem continentibus aedificiis finitur, quod latius patet.*”

³⁶⁶ Petit, E. (1961). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Ciudad de México: Editora Nacional, p. 85.

³⁶⁷ Posada, A. (1927). *El régimen municipal de la ciudad moderna*. 3ª edición. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, p. 40 y 41.

³⁶⁸ De Francisci, P. (1968). *Sintesi Storica del Diritto Romano*. Roma: Edizioni dell’ateneo, p. 331. “*Le assamblee che, a seconda il tipo di divisione, sono dette comitia, tributa o curiata, non hanno altra competenza all’infuori di quella elettorale, che durò molto più a lungo che in Roma.*”

³⁶⁹ Posada, A. (1979). *Conceptos municipalistas de la vida local*. Madrid: IEAL. Recuperado de <http://www.municipium.cl/Pensamiento/quees.html>

duumviros, que conformaban el colegio de los *quatuorviros*. Eran los supremos magistrados municipales, constituían un órgano ejecutivo colegiado con atribuciones ejecutivas, judiciales,³⁷⁰ legislativas, militares y presidían las Asambleas populares y el Consejo municipal. Dentro de los magistrados menores se encontraban los ediles y los cuestores. Los primeros tenían a su cargo función de policía en general, seguridad, salubridad, y los otros se encargaban de la custodia y administración del tesoro municipal. Los municipios podían realizar ciertos actos jurídicos.³⁷¹

El pretor urbano era el único que podía resolver en materia económica los litigios de cierta cuantía y las cuestiones penales mayores que se producían en el municipio, porque los magistrados locales solo podían atender cuestiones económicas y penales menores. También se podía accionar contra el municipio, o contra sus autoridades.³⁷²

³⁷⁰ D. 2. 1. 12. Ulpiano, Ad Edictum XVIII: "No es lícito a los magistrados municipales imponer pena capital a un esclavo; pero no se les ha de denegar la imposición de una pena moderada." / D. 26, 5, 19, 119. Paulo; *Comentarios ci Plaucio, libro XVI*. "Cuando faltan los que pueden dar tutores, se manda que den tutores los decuriones, con tal que esté de acuerdo la mayoría; luego no es dudoso que puedan nombrar 5. uno de ellos"; § 1. -No es dudoso que el magistrado municipal pueda dar por tutor a un colega suyo.

³⁷¹ D. 6. 3. 1. 1. "A los que a perpetuidad tomaron en arriendo de los municipios un fundo para disfrutarlo, aunque no se hagan dueños, no obstante pareció bien que les competa la acción real contra cualquier poseedor; pero también contra los mismos municipios"; D. 10, 4, 7, 3. "También pueden ser demandados los municipios para que exhiban, porque tienen facultad para restituir, pues es sabido que ellos así pueden poseer, como usucapir, lo mismo se habrá de decir de también de los colegios y de las demás corporaciones."

³⁷² D. 4. 3. 15. 1. Ulpiano, Ad Edictum 11. "Pero dudase si se da la acción de dolo contra los municipios. Y opino, que, a la verdad, no puede darse por dolo; porque ¿qué pueden hacer con dolo los municipios? Pero si algún lucro les ha alcanzado por el dolo de los que administran sus bienes, juzgo que debe darse. Mas por el dolo de los decuriones se dará la acción de dolo contra los mismos decuriones"; D. 9, 2, 29, 7. "Los magistrados municipales, si hubieren causado daño con injuria, pueden quedar obligados por la ley Aquilia. Porque también cuando alguno hubiese recibido en prenda ganados, y los hubiese matado de hambre (...) mas si el magistrado hubiere actuado con violencia contra el que se resiste, no quedará obligado por la ley Aquilia, porque también cuando hubiese tomado en prenda un esclavo, y éste se hubiese ahorcado, no se da acción alguna"; D. 5. Ulpiano.; *Corolarios al Edicto, libro LXX*. 43, 24, 5, 10. "Dice el mismo, que en nombre de otro se puede interponer interdicto contra el procurador, el tutor, el curador, o el sindico de los municipes."

I. a. Clases de municipios romanos

Había dos tipos de municipios de los que me gustaría destacar sus características principales: el municipio romano y el latino.

El tipo de *municipium* depende del *status civitatis* de los habitantes, en algunos casos se les concede el privilegio de ser ciudadanos romanos (municipios romanos), y en otros se les da status de latinos (municipios latinos).

I. a. I. Ager romanus

Eran comunidades que tras haber sido sometidas a Roma mantuvieron cierta autonomía y libertad, aunque sus habitantes figuraban entre la lista de los ciudadanos romanos,³⁷³ los elementos de esa autonomía y libertad son tres:

I. a. I. a) Podían elegir a sus magistrados,³⁷⁴ lo que fueran colegiados.

En la época de César y Augusto eran comunes las colonias de magistrados *quattuorviri*, aunque los *duoviri*, magistrados posteriores al año 49 a. C. se constatan en municipios de menor rango. Los magistrados de las provincias eran responsables, al igual que los de Roma.³⁷⁵

Las magistraturas ordinarias eran el *dunvirato* y la *edilidad*. Se podía ejercer dos veces un cargo siempre que se dejara un intervalo de 5 años entre ambos períodos. El ejercicio de la magistratura permitía la entrada en la administración imperial y en el ejército.

- *Aediles*: Actuaban de forma colegiada durante un año. Entre ellos tenían *intercessio* y además los *duoviros* podían ejercer su *intercessio* contra ellos. Tenían derecho de asistencia sin voto a las deliberaciones de

³⁷³ Sus habitantes poseen la condición de ciudadanos romanos, por tanto a diferencia del resto podían ejercer los derechos de la *provocatio* (derecho de apelación), *comercium* y *connubium* (matrimonio).

³⁷⁴ D. 50, 1.26. Ulpiano; *Comentarios al Edicto del Pretor, libro 1.* “-Los magistrados municipales, como desempeñan una sola magistratura, representan también las veces de una sola persona; y esto se les concede de ordinario ciertamente por la ley municipal; pero aunque no les haya sido concedido, con tal que no les haya sido denegado, compete por la costumbre”

³⁷⁵ D. 50, 8, 66. [7.] Ulpiano; *Comentarios al Edicto del Pretor, libro 1.* “-Los magistrados de la república deben responder no solamente del dolo, sino también de la negligencia lata, y además de esto también de la diligencia”

los decuriones. Era necesario ocupar esta magistratura antes de ascender al *dunvirato*.³⁷⁶ Tenían a su cargo el *cura urbis*³⁷⁷ y *cura annonae*.³⁷⁸ Cada edil era ayudado por un secretario, cuatro esclavos públicos, un pregonero, un adivino y un flautista.

- *Duoviri*: Poseían la suprema potestas; ésta era la más alta magistratura ciudadana. Entre ellos podían usar la *intercessio*. Tenían la función de administrar justicia, intervenían en la manumisión de esclavos, gozaban de algunas competencias en lo contencioso y en la imposición de multas. Cada cinco años se encargaban de la realización del censo (recibiendo el nombre de *duoviros quinquenales* o *censores*). Como presidentes de la asamblea del *senatus* debían hacer observar el turno en el uso de la palabra y analizar si lo resuelto se oponía a la legislación vigente. En el *senatus* tenían derecho a vez pero no a voto.

- *Praefecti pro duoviris*: Este era un individuo que conocía profundamente el entramado administrativo de la colonia o municipio, si cualquiera de los *duoviros* dejaba la ciudad por más de un día era sustituido temporalmente por este prefecto.

- *Cuestores*: Eran elegidos anualmente, como los otros magistrados, en los mismos comicios. Generalmente eran dos (como los ediles o *duoviros*), pero podían ser más. Sus competencias eran principalmente financieras; eran los responsables de las arcas públicas y de la recaudación de las tasas de Roma.³⁷⁹

I. a. 1. b) *El Populus integrado por los ciudadanos*

Populus.³⁸⁰ Las asambleas estaban integradas por todos los hombres adultos con domicilio en el municipio. Para acceder al senado o a alguna magistratura

³⁷⁶ Mackie, N. (1983). *Local administration in Roman Spain*. London: BAR International Series 172, p. 60-61.

³⁷⁷ Conservación y vigilancia de los lugares públicos tales como la curia, los templos, circos, calles, plazas, termas, teatros, etc.

³⁷⁸ Aprovechamiento de los mercados, control de pesas y medidas, abastecimiento de agua, etc.

³⁷⁹ Andrés Hurtado, Gloria (2002). *Minicipium Calagurris Iulia Nassica*. Kalakorikos, p. 59.

era necesaria la constitución del *populus*, que se dividía en curias. Elegía a los magistrados anuales, los sacerdotes y aprobaba los decretos del senado.³⁸¹

I. a. 1. c) Un “Senado” entre cuya competencia está la elección de los magistrados y el control de la vida pública y la administración.

Estaba integrado por decuriones,³⁸² su cantidad variaba con la cantidad de población, y ellos debían pertenecer al *ordo*³⁸³ *decurionalis*,³⁸⁴ para lo que había que ser ingenuo, ciudadano, residir en la comunidad donde se ocupa el cargo, tener un patrimonio que le diera una renta³⁸⁵ y estar libre de faltas morales y legales. Cuando quedaban puestos vacantes los duoviros se encargaban de regular el acceso a estos cargos. Era también uno de los dos *duoviri* el encargado de convocar presidir las reuniones de este órgano. Estos senados solían reunirse en la curia, edificio situado en el foro junto a la basílica. Dentro de sus funciones se encontraba la de sancionar las actuaciones de la ciudad³⁸⁶ (lo concerniente a obras públicas, obras urbanas en general, finanzas locales, provisión de aguas, control de las tierras públicas y recaudación de impuestos, fijaba las fechas para los sacrificios y fiestas religiosos; en caso de emergencia podía convocar a un grupo de hombres armados y en lo jurídico funcionaba como una segunda instancia para las multas impuestas por los magistrados). Las decisiones de los decuriones eran los decretos,³⁸⁷ que se depositaban en el *Tabularium*. Por medio de ello intervenía en casi todos los actos de la comunidad.

³⁸⁰ D. 41, 2, 1, 22. Paulo. *Comentarios al edicto. LIBRO IIV*.⁴ “Los munícipes no pueden poseer nada por sí, porque no pueden convenir todos. Mas tampoco poseen el foro, la basílica, y otras cosas semejantes a estas, sino que usan promiscuamente de ellas. Pero dice Nerva, el hijo, que pueden poseer y usucapir por medio de un esclavo las cosas que hubieren adquirido por el peculio; pero algunos opinanlo contrario, porque no poseen á los mismos esclavos.”

³⁸¹ D. 50, 4. 4. Ulpiano; *Opiniones, libro lii*. ⁴ “El cuidado de construir o de reparar obra en la ciudad es cargo pueblo, del cual se excusa el padre de cinco hijos incólumes, y si el cargo hubiere sido impuesto por fuerza, no le privará de la excusa que tiene para otros cargos.”

³⁸² 1. Miembro de un consejo (*ordo*) de la ciudad. 2. Suboficial de caballería.

³⁸³ Consejo de los decuriones de una ciudad. Realizan sus reuniones en la curia.

³⁸⁴ D' Ors (1953), p. 130 y 147; Mackie (1983), p. 55-59.

³⁸⁵ El patrimonio debía ser fructífero para que con esa renta hiciera frente a los gastos que el cargo generaba y además al asumir el decurión debía entregar la *summa honoraria*, que era una compensación a la ciudad por entrar en el *ordo*. El monto dependía del tamaño de la ciudad.

³⁸⁶ Espinosa (1984), p. 75, 77 y 89.

Los habitantes de los municipios romanos son afines a Roma, y por ello ejercitaban en Roma sus derechos cívicos a través de la adscripción a una de las tribus.

I. a. 2. Municipios latinos

Hay una discusión sobre el origen de estas ciudades. Algunos dicen que los municipios latinos en las provincias existen solo desde la censura de Claudio en el año 47-48,³⁸⁸ otros que serían una creación flavia, y los creados hasta época julio-claudia serían todos de ciudadanos romanos.³⁸⁹

La concesión del derecho latino a una comunidad no implica su conversión en municipio, ya que éste es un privilegio suplementario. La asociación del derecho latino y el estatus municipal parece haber tenido lugar en época de Augusto, a quien habría que considerar responsable de la aparición de los primeros *municipia Latina*.³⁹⁰ Una cuestión polémica en los últimos años ha sido si la concesión del derecho latino afectaba solo a las comunidades³⁹¹ o si, simultáneamente, convertía en *municipia Latina* y *cives Latini* respectivamente a éstas y a sus habitantes. La concesión de latinidad se hacía a las comunidades con cierta infraestructura social, administrativa, económica, fiscal y religiosa que les permitiría sancionar la municipalidad.³⁹²

³⁸⁷ D. 50, 9, 4. "Los decretos amañados de los decuriones deben ser rescindidos, ya si hubieren dejado libre a algún deudor, ya si hicieren liberalidad de alguna cosa"; § 1. -Por consiguiente, si, como suelen, hubieren decretado que de lo público se le dé a alguien un derecho, o predios, o edificios, o cierta cantidad, de nada valdrá semejante decreto; § 2. -Mas aunque los decuriones hubieren decretado para alguien salario, este decreto será las veces de algún valor, por ejemplo, si hubiere sido dado por causa de arte liberal, ó por razón de medicina; porque por estas causas es licito que se señalen salarios.

³⁸⁸ Chastagnol, A. (1987). *A propos du droit latine provincial*. Iura, 38, p. 1-24.

³⁸⁹ Le Roux, P. (1986). *Municipe et droit latin en Hispania sous l'Empire*. RHD, 64. 3, p. 325-350.

³⁹⁰ García Fernández, E. (1991). *El ius Latii y los municipia Latina*. Studia Historica (Salamanca), 9, p. 29-49.

³⁹¹ González, J. (1989). "Las leyes municipales flavias." En *Aspectos de la colonización y municipalización de Hispania*, Mérida, p. 133 ss., esp. p. 143 ss.

³⁹² Hernández Guerra, L. (2008). *Algunas consideraciones sobre municipios flavios en la Meseta septentrional*. Cadiz: Gerión, p. 409.

En relación al vínculo establecido con Roma las categorías de municipios reconocidos eran:

- *Municipia Socii*: Que surgen de los pueblos más cercanos a Roma; eran sus socios. Gozaban de plenitud de derechos. *Municipia cum sufragio*.
- *Municipia foederata*: Estos surgieron por convenios o pactos; posteriormente *Federata*: muchos de ellos llegaron a contar con sufragio.
- *Municipia Coercita*: Resultaban de la dominación militar. Carecían de *ius suffragii* y no tenían derecho a enviar representantes a Roma.

I. b. Autonomía municipal en Roma

A pesar de la autonomía dada a los municipios, Roma imponía a dichas ciudades ciertos servicios y prestaciones,³⁹³ les cobraba tributo y además se encargaba de fiscalizar, inspeccionar y vigilar el funcionamiento del gobierno municipal por medio de autoridades romanas. Debemos destacar que en el caso de Argentina los municipios son creados por la constitución provincial o por una ley provincial, y responden a la proviencía. En cambio, en Roma, los municipios son creados por una *lex municipalis* y responden a Roma. En relación al concepto de *lex municipalis*, su origen y alcance, su clasificación como *lex data* o *rogata*, recomiendo el trabajo de María das Gracias Pinto de Britto.³⁹⁴

Lex municipalis:

Primero contamos con las *leges municipalis*, normas fundadoras de los municipios. Los municipios se creaban por una *lex municipalis*,³⁹⁵ que contenía las directrices para regular la vida pública,³⁹⁶ las ciudades se autogobernaban por autoridades locales, reproduciendo el modelo romano de senado y magistrados.

En el Digesto encontramos la expresión “*lex municipalis*” en:

³⁹³ Arangio-Ruiz, V. (1994). *Historia del Derecho Romano*. Madrid: Reus, p. 140.

³⁹⁴ Pinto de Britto, María. Profesora de Derecho Romano en Universidad Federal de Pelotas (UFPEL). Su tesis de doctorado fue sobre “Las leyes constitutivas de los municipios de Italia e Iberia”, orientada por el Prof. Fermín Camacho Evangelista, y realizó en la Universidad La Sapienza una investigación sobre “Derecho Municipal Romano” bajo la orientación del Prof. Pierangelo Catalano. El texto que cito es: “*Los municipios de Italia y de España: ley general y ley modelo. Reconstrucción dogmática. Precisión de los conceptos*”. *Revista General de Derecho Romano* 23 (2014)

• D. 3, 4, 6, pr: Paulus, libro IX. ad Ediclurn. “-Item eorum, qui in eiusdem potestate sunt; quasi Decurio enim hoc dedit, non quasi domestica persona. Quod et in honorum petitione erit servandum, nisi lex municipii, vel perpetua consuetudo prohibeat”.³⁹⁷

• D. 50, 9, 6: Scevola; Digesto, libro 1. “-D. 50, 9, 6, 0 Scaev. 1 dig. Municipii lege ita cautum erat: “ἐάν τις ἔξω τοῦ συνεδρίου δικάσῃται, τοῦ τε συνεδρίου εἰργέσθω καὶ προσαποτιννύτω δράχμας χιλίας”. quaesitum est, an poenam sustinere debeat, qui ignorans adversus decretum fecit. respondit et huiusmodi poenas adversus scientes paratas esse”.³⁹⁸

³⁹⁵ Pinto de Britto, María. Cit. “La declaración de Mommsen (después de la *lex Tarentina*) “*Legem p.R. nego ullam exstitisse, quae statum municipiorum et coloniarum sive c. R. sive Latinorum generaliter ordinare*”, influenció a la doctrina y puso en jaque la teoría de Savigny. Mommsen incluyó todas las leyes municipales en la categoría *lex data*, en contraposición a las *leges rogatae*. “Para Talamanca, la *lex lulia municipalis* era una ley votada por los comicios de Roma, bajo el imperio del pueblo, una ley municipal con función de “*legge-quadro*”.

³⁹⁶ Pinto de Britto, María. Cit. “Cuando se habla de ley municipal general, estamos haciendo referencia al contenido de la *lex*, no a su forma, que, tanto puede ser emanada mediante una *lex rogata*, como en forma de una “*lex data*”. Lo que las distingue es, justamente, el contenido: las leyes generales son aquellas que pueden ser aplicadas (aunque tengan una eficacia circunscrita por el territorio o por la calidad de los destinatarios), a un grupo de personas, a un municipio, a toda una provincia o a todos los habitantes del Imperio. Galsterer rechaza (como Mommsen), la existencia de una *lex municipalis* de validez general y obligatoria para todo el Imperio”.

³⁹⁷ Paulo; Comentarios al Edicto, libro IX. “-Así como el de aquellos que están bajo su potestad; porque lo dio como Decurión, no como persona de su casa. Lo que también deberá observarse en la pretensión de honores, a no ser que lo prohíba alguna ley del municipio, o la costumbre constante”.

³⁹⁸ Se dispuso así en la ley municipal: “Si alguno hubiere juzgado fuera del Consistorio, sea removido del Consistorio, y pague por ello mil dragmas”; se preguntó si deberá sufrir la pena el que por ignorancia obró contra el decreto. Respondió que tales penas estaban señaladas contra los que obraban a sabiendas.

³⁹⁹ Y a la verdad, si un Presidente, o un procurador de la república hubiere permitido obrar en sitio público, escribe Nerva, que no tiene lugar la excepción porque dice que aunque se le concedió la procuración de los lugares públicos, no se le permitió otorgar la concesión. Esto es así verdad, si la ley municipal no le concediera más amplias facultades al curador de la república. Pero lo mismo se ha de admitir, también si se concediere por el Príncipe, o por aquel a quien el Príncipe le hubiere dado el derecho de concederlo.

• D. 43, 24, 3, 4. *Plane si Praeses, vel curator reipublicae permiserit in publico facere, Nerva scribit, exceptionein locum non habere, quia, et si ej iocorum, inquit, publicorum procuratio data est, coneesalo tamen data non est. Roe ita verum cal, si non lex municipalis curatori reipublicae ampi ms concedat. Sed et si a Principe, vel ab eo, cui Princeps hoc las concedendi dederit, idem erit probandum.*³⁹⁹

• D. 47, 12, 3, 5. D. 47, 12, 3, 5 Ulpiano 25 ad ed. praetoris. *Divus Hadrianus rescripto poenam statuit quadraginta aureorum in eos qui in civitate sepeliunt, quam fisco inferri iussit, et in magistratus eadem qui passi sunt, et locum publicari iussit et corpus transferri. quid tamen, si lex municipalis permittat in civitate sepeliri? post rescripta principalia an ab hoc discessum sit, videbimus, quia generalia sunt rescripta et oportet imperialia statuta suam vim optinere et in omni loco valere.*⁴⁰⁰

Algunas de estas *leges* han sido encontradas y se ha rescatado parcialmente su contenido. Es el caso de la *Lex Municipii Tarentini*,⁴⁰¹ *Lex Municipii Salpensani*⁴⁰² y *Lex Municipii Malacitani*.⁴⁰³ Queda en claro que el objetivo de las mismas era regular la creación y administración de los municipios.

Partiendo de la idea de que el elemento distintivo de la autonomía⁴⁰⁴ está dado por la posibilidad de crear normas, he buscado algunos términos asociados a estas normas, tales como *lex datae*, *consuetudo civitatis*, *lex patriae suae*, *lex loc* y *lex civitatis*. Veamos que resultados arroja esta búsqueda:

⁴⁰⁰ El Divino Adriano estableció por rescripto la pena de cuarenta áureos, que dispuso fuese pagada al fisco, contra los que entierran en una ciudad; y la misma contra los magistrados que lo consintieron; y dispuso que el lugar fuese confiscado, y que el cadáver fuese trasladado. Mas ¿qué se dirá, si la ley municipal permitiera que se enterrase en la ciudad? Veremos si después de los rescriptos del Príncipe se haya abandonado esto, porque los rescriptos son generales, y es conveniente que las resoluciones imperiales tengan fuerza propia, y sean válidas en todo lugar.

⁴⁰¹ La *Lex Municipii Tarentini* es una ley romana, técnicamente una *lex data*, o una ley dictada por el magistrado sin la confirmación de los comicios, preparada por uno o más magistrados romanos designados para construir el nuevo *municipium* de Tarento, sobre el modelo de una *lex rogata*. Del estatuto municipal de Taranto se conserva la tabla VIII. La ley es de la época ubicada entre el final de la Guerra Social (89 a. C.), cuando se concedió la ciudadanía a los itálicos, y el 62 a. C., momento después del cual da lugar la concesión de la ciudadanía de acuerdo con el testimonio de Cicerón. La placa de bronce, dividida en seis fragmentos, fue descubierta el 18 de octubre de 1894 por Luigi Viola durante las excavaciones en Taranto moderno. En la actualidad se encuentra en el Museo Arqueológico Nacional de Nápoles.

Leges datae:

Según algunos autores todos los aspectos de la vida de las ciudades estaba regulado por las *leges datae*,⁴⁰⁵ otorgadas mediante la autorización de un magistrado investido de poder por un comicio.⁴⁰⁶ Estas leyes eran la base de la autonomía ciudadana. Es importante destacar que falta en las fuentes una definición de *lex data*. La construcción de la categoría es reciente. Uno de sus defensores, Mommsen,⁴⁰⁷ por ejemplo basándose en CIL V 2864,⁴⁰⁸ considera

⁴⁰² La *Lex Salpensana* fue promulgada por el emperador Domiciano a Salpensa, municipio cercano a Utrera, entre los años 81 y 84, para aplicar la concesión de latinidad. Contiene su organización política, administrativa y judicial de acuerdo al “*ius latii*” que Vespasiano les concedió. Se conservan 9 capítulos, siendo el más importante es el que regula la concesión de la ciudadanía romana a aquellos latinos que hubieran desempeñado magistraturas municipales. Proviene de la ciudad latina de Salpensa (Facialcázar) y está escrita en una tabla de bronce. Fue encontrada en las inmediaciones de Málaga, junto con la ley de esta ciudad, la *Lex Malacitana*, en 1851. Se conserva en el Museo Arqueológico Nacional de Madrid.

⁴⁰³ La *Lex Flavia Malacitana* está compuesta por cinco tablas que contienen estatutos jurídicos donde se establece el paso de la ciudad de Malaca (Málaga) de ciudad federada a municipio de derecho Latino menor dentro del Imperio Romano. Las tablas se encontraron en 1851.

⁴⁰⁴ Sinónimo de autogobierno de individuos o asociaciones. Capacidad para darse normas a uno mismo sin influencia de presiones externas o internas. Que se rigen por normas y órganos de control que son propios.

⁴⁰⁵ La existencia de estas leyes ha sido muy discutida, así como Álvaro d'Ors sostiene su existencia (1953, p. 156 y ss.) otros autores la niegan. Ver Fernández de Buján, A. (2000). *Derecho Público Romano*, 5ª edición, Madrid: Civitas, p. 128.

⁴⁰⁶ D. 3. 4. 6. Paulo Ad Edictum IX: 8. Paulo; *Comentarios al Edicto, libro IX*. “Así como el de aquellos que están bajo su potestad; porque lo dió como Decurión, no como persona de su casa. Lo que también deberá observarse en la pretensión de honores, a no ser que lo prohíba alguna ley del municipio, o la costumbre constante”.

⁴⁰⁷ Mommsen clasificó las *leges publicae* en dos categorías: las *leges rogatae* y la categoría de las “*leges datae*”. La primera es una categoría antigua; la segunda es una creación moderna y no existía en el derecho de los antiguos romanos, no hay ninguna referencia a ellas en las fuentes epigráficas o doctrinarias de la época. A partir de Mommsen, las *leges municipiorum* y *coloniarum* fueron incluidas en la categoría de las “*leges datae*”, aunque algunas de éstas fuesen *leges rogatae* al pueblo romano, como la *tabula Heracleensis*, la *lex de Gallia Cisalpina*, el *fragmentum Atestinum* o la *ex coloniae Genitivae Iuliae*.

⁴⁰⁸ CIL V 2864= ILS 5406 “*M. Iunius Sabinus/ Illivir aediliciae potestatis/ lege Iulia/ municipali/ patronus/ collegi/ cent/onariorum...*”.

que se refiere a una *lex data* para el estatuto del municipio de Padova. Pensó que la *lex Iulia*⁴⁰⁹ fuese precisamente esta *lex* dictada para el municipio patavino.

Según quienes adhieren a su existencia, los romanos hablaron de *leges datae* para indicar estatutos locales aprobados por los órganos del gobierno central de Roma, o también imposiciones o prerrogativas dadas de este último (por ejemplo, concesión de la ciudadanía) o por los magistrados, el Senado o el emperador.

Encontramos la voz *lex datae* solo en una fuente, pero el sentido que se le da no es el nombrado *ut supra*: *Lex Romano Burgundionum XXXIII 4: Ceterum praesentibus partibus secundum leges data et relecta sententia postea non poterit revocare.*⁴¹⁰

Fuentes que citan *Lex civitatis*:

- “*Lex civitatis narbonensis de flamonio provinciae*”. Ley de Narbonne sobre la provincia Flamen (31 bc-ad 14). Fuente: tabla de bronce descubierta en Narbonne, Francia, en 1888.
- D. 42, 5, 37: Papinianus, libro X. Responorunt. “*Antiochensium Coelesyriae civitati, quod lege sua privilegium in bonis defuicti debitoris aecepit, ius persequendi pignoris durare constitit...*”⁴¹¹

Fuentes que citan *Lex Loc*:

- D. 35, 2, 1, 4. Paulo; Comentarios 4, la *ley Falcidi*, libro único. “*Sed et si servo suo testator data libertate legaverit, quia (4) differtur in id tempus,*

⁴⁰⁹ Hay una gran discusión en torno a la *lex heracleensis*: Ley de Caesar en municipios (80-43 a. C), esta tabla de bronce (encontrada en dos partes en 1732 en Heraclea, ciudad griega en el golfo de tarento). Algunos opinan que esta es una *lex municipalis* de carácter general, otros como Mommsen la consideran una *lex datae*. También está en discusión si se identifica con la *Lex Iulia Municipalis*. Para una análisis mas profundo leer a: Carmen López Rendo, “Organización municipal de la Tabula Heracleensis” en <https://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/2062/2578>

⁴¹⁰ “De acuerdo con la opinión de las leyes de la presencia de las partes fue leído, y después se le dio, sin embargo, no será capaz de abrir”.

⁴¹¹ Papiniano; *Respuestas*, libro 1. “-Consta, que subsiste para la ciudad de los antioquenses de Celesiria el derecho de perseguir la prenda, que como privilegio recibió por su propia ley, sobre los bienes de un deudor fallecido”.

quo liber futurus est, ítem ei, qui apud hostes est, aut ei, qui nondum natus est, datum sit aliquid, haec lex locum habebit".⁴¹²

- D. 47, 10, 5, 2. Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro LVI. "*Domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium; quare sive in propria domu (2) quis habitaverit, sive in conducta (3), vel gratis, sive hospitio receptus, haec lex locum habebit*".⁴¹³

- Coll.⁴¹⁴ 12, 7, 4 (Ulp. 18 de.) *Sed si stipulam in agro tuo incendieris agnisque evagatus ad praedium vicini pervenerit et illud exusserit, Aquilia lex locum habeat an in factum actio sit, fuit quaestio.*

- Coll. 12, 7, 5 (Ulp. 18, ed) *Sed plerisque Aquilia lex locum habere non videtur, et ita Celsus libro XXXVIII digestorum scribit. Ait enim "si stipulam incendientis ignis effugit, Aquilia lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit"*.⁴¹⁵

- C th. 3, 9, 1 (Interpr.) *Clara interpretatione has duas sententias explanavit, tu praeter sponsaliciam donationem, si maritus moriens de patrimonio suo usufructum reliquit uxori, iuxta voluntatem eius relicta possideat, ita ut si mulier postea alio viro nupserit, mox usumfructum ex testamento acquisitum filiis eius refundat, a quo usumfructum vero de sponsalicia largitate usque ad obitum suum, sicuti superius alia lex locuta est, merito retinabit: unde haec ipsa post obitum matris ad illius mariti filios, qui donavit, propietas reditura est.*

⁴¹² Paulo; Comentarios 4 la *ley Falcidi*, libro único. "-Pero también tendrá lugar esta ley si el testador, habiéndole dado la libertad, hubiere hecho un legado a su esclavo, porque se le defiere para el tiempo en que ha de ser libre; y lo mismo si se hubiere dado alguna cosa al que está en poder de los enemigos, o al que no ha nacido todavía

⁴¹³ Debemos entender por casa, no la casa de propiedad, sino el domicilio; por lo cual, ya si uno habitare en casa propia, ya si en casa arrendada, o gratuita, o si hubiere sido recibido en hospedaje, tendrá lugar esta ley.

⁴¹⁴ *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*, exposición comparativa, de carácter particular, de preceptos de las leyes Mosaicas (de Moises) y la romana.

⁴¹⁵ Sin embargo, para la mayoría no parece tener lugar en la ley de Aquilia, y fue mencionado por Celso el libro 38 del Digesto. Él dice: "Si una paja *incendentis* fuego escapó a nadie, que no está obligado por la ley, pero, en el proceso, sobre todo porque no está chamuscado, pero dejó su fuego así sucesivamente"

- Brev. Alar. 3, 9, 1 (Interpr.) *Clara interpretatione has duas sententias explanavit, tu praeter sponsaliciam donationem, si maritus moriens de patrimonio suo usufructum reliquit uxori, iuxta voluntatem eius relicta possideat, ita ut si mulier postea alio viro nupserit, mox usumfructum ex testamento acquisitum filiis eius refundat, a quo usumfructum vero de sponsalicia largitate usque ad obitum suum, sicuti superius alia lex locuta est, merito retinabit: unde haec ipsa post obitum matris ad illius mariti filios, qui donavit, propietas reditura est.*⁴¹⁶

Fuentes que cintan *Lex patriae suae*:

D. 50, 4, 3, 1. Ulpiano. Opiniones, libro II. “*His, qui castris operam par militiam dant, nullum municipale munus iniungi potest; ceteri autem privati, quamvis militum cognati sunt, legibus patriae suae et provinciae obedire debent*”.⁴¹⁷

Fuentes que citan *Consuetudo civitatis*:

- D. 1, 3, 34. Ulpiano. Del cargo de Procónsul, libro IV. “*Quum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum cuidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicito aliquando indicio consuetudo firmata sit*”.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Clara, la interpretación de estas dos oraciones de ellos, explicó, a que por encima de *sponsaliciis* el regalo, incluso si el marido debe morir, su propiedad privada, usufructo a que dejó a su esposa, según su voluntad, que dejó atrás es poseer, de manera que si una mujer es más tarde se casa con otro hombre que está casada con, tan pronto como el usufructo, en la voluntad del que hemos adquirido a sus hijos, se vierte hacia atrás, de la que el usufructo, sin embargo, hasta la muerte de la generosidad de la sponsalicia su propia, igual que la ley anterior, dijo, con razón retinabit: escuchar a su madre después de la muerte de su marido, de la que los hijos de estas mismas cosas, las cuales Dios gracia, es seguro para volver *propietas*.

⁴¹⁷ A los que en los campamentos prestan servicios en la milicia no se les puede imponer ningún cargo municipal; mas los demás particulares, aunque sean cognados de los militares, deben prestar obediencia a las leyes de su patria y de su provincia.

⁴¹⁸ Cuando alguno parece apoyarse en la costumbre de una ciudad o de una provincia, juzgo que ciertamente ha de investigarse primero, si alguna vez ha sido también confirmada la costumbre en juicio contradictorio.

- C. Th 12, 6, 22. Valentin/ Theodos/ Arcad. AAA. Ad Paulinum p. Augustalem. *Non perpetui exactores in continuata vexandorum provincialium potestate, veluti concussionum dominatione, teneantur, sed per annos singulos iudiciaria sedulitate mutentur, nisi aut consuetudo civitatis aut raritas ordinis eso per biennium esse compellat. Quod nisi factum fuerit, scias, te et officium tuum non minus mulcta quam gravi poena esse plectendum.*⁴¹⁹ (Idem Brevario de Alarico 12,2,2)

Fuentes que nombran *decreto decurionum*:

- D. 3, 4, 6, 2 Paul. 9 ad ed. “*Quid si actor datus postea decreto decurionum prohibitus sit, an exceptio ei noceat? et puto sic accipiendum, ut ei permissa videatur, cui et permissa durat*.”⁴²⁰
- D. 26, 6, 3, 0 Paul. 10 resp. “*Decreto decurionum et ipsum magistratum curatorem dari potuisse respondi*.”⁴²¹
- D. 50, 9, 4, 0 Ulp. l. s. de off. curat. rei p. “*Ambitiosa decreta decurionum rescindi debent, sive aliquem debitorem dimiserint sive largiti sunt*.”⁴²²

⁴¹⁹ No es el poder de los provinciales, de perpetua, los niños están en la continua angustiante y, por decirlo así, el dominio del miedo, sino que también están obligados, se ve alterada de la asiduidad del poder judicial, pero en un año, durante dos años, pero ya sea para tener una costumbre de la ciudad o de la rareza del orden de eso que se abordarán en estos. Si no se hace ha sido, ya sabes, para el castigo severo que debe ser castigado con una multa de no menos de ti, ya tu oficina de un crimen capital.

¿Qué se dirá si el apoderado nombrado hubiera sido después revocado por decreto de los Decuriones? ¿Acaso le perjudicará esta excepción? Y opino que esto ha de entenderse así, que se le considere permitido aquello para lo que le dura el permiso.

⁴²⁰ Responde que por decreto de los Decuriones pudo ser nombrado curador también el mismo magistrado.

⁴²¹ Los ambiciosos decretos de los decuriones deben quedar sin efecto, o ningún deudor o despedir se otorga.

⁴²² De los decretos de los decuriones sobre la Inmunidad que se haya de conceder a algunos, *1 los emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos, a Ursácio* “-Exceptuados los que son maestros de estudios liberales, y los que ejercen el arte de curar, a nadie se le puede conceder inmunidad por decreto de los decuriones.”

- C. 10, 47, 0, 0 *De decretis decurionum super immunitate quibusdam concedenda.*
- C. 10, 47, 1, 0 Diocl./Maxim. AA. Ursino. *exceptis qui liberalium studiorum antitistes sunt et qui medendi cura funguntur, decreto decurionum immunitas nemini tribui potest.*⁴²³
- C. 10, 53, 5, 0 Diocl./Maxim. AA. et CC. Concedemoni. *Nec intra numerum praestitutum ordine invito medicos immunitatem habere saepe constitutum est, cum oportet eis decreto decurionum immunitatem tribui.*⁴²⁴
- *Lex Ursonensis.*⁴²⁵ *CXXV, Lex Urson. CXXX, Lex Urson. CXXXI, Lex Urson. CXXXIV, Lex Salpensana. XXIX, Lex Malacitana. LXVII.*

II. Los municipios en el derecho argentino del siglo XXI

En Argentina las funciones, prerrogativas y facultades de los municipios están dadas por las constituciones provinciales. Los municipios no responden al poder central, nacional, ni son creados por él, sino que responden a las provincias, quienes establecen los requisitos para su fundación e incluso el alcance de la autonomía que se les dará.

⁴²³ De los decretos de los decuriones sobre la Inmunidad que se haya de conceder a algunos, 1 los emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos, a Ursácio “-Exceptuados los que son maestros de estudios liberales, y los que ejercen el arte de curar, a nadie se le puede conceder inmunidad por decreto de los decuriones.”

⁴²⁴ *Los mismos Augustos y Césares 4* Finidemo “-Muchas veces se ha dispuesto que contra la voluntad del orden de los decuriones ni aun los médicos que se hallan dentro del número prefijado tienen inmunidad, porque es conveniente que se les conceda la inmunidad por decreto de los decuriones.”

⁴²⁵ La *Lex Ursonensis* (Ley de Urso) era una ley reguladora de la colonia romana Genetiva Iulia, ubicada en la Hispania romana. La *Ursonensis* es considerada una *lex data*. Fue promulgada por Marco Antonio en el año 44 a. C., y es muy posible que derive de un conjunto de proyectos legislativos llevados a cabo por César para unificar el régimen de las colonias y los municipios y que dejó sin terminar al ser asesinado. Esta ley se conserva en unas tablas encontradas en Osuna (el antiguo Urso) a finales del siglo XIX (bronces de Osuna), y en once fragmentos encontrados en El Rubio a principios del siglo XX. En la actualidad se encuentran en el Museo Arqueológico Nacional, en Madrid. La ley trata sobre diversas cuestiones de orden local.

Si nos remitimos a la etimología de autonomía, nos encontramos con que este término se relaciona con la posibilidad de dictar sus propias normas. Autonomía, del latín *autonomia*, a su vez del griego antiguo *αὐτονομία* (autonomía). Su raíz etimológica nos remite a dos palabras griegas a saber: *autos*, que significa sí mismo, y *nómos*, que significa ley, norma. De allí que, desde la antigüedad griega, este fonema haya sido usado para significar a todo ente que vive de acuerdo a su propia ley o que se gobierna a sí mismo.⁴²⁶

Más allá del origen del término, si pensamos en la relación del municipio con la nación o la unidad política superior que lo incluye, nos vemos forzados a hablar de su autonomía, ya que está íntimamente ligada con el vínculo del municipio con el estado que lo contiene. Estamos hablando del grado de independencia y libertad de decisión que tendrá en relación a una organización mayor, sea Roma, o una provincia, como en el caso de Argentina.

II. a. Los municipios en la Constitución Nacional Argentina

En cuanto a la autonomía municipal, el artículo⁴²⁷ 5 de la Constitución Nacional no modificado en el año 1994 por estar incluido en la parte dogmática vetada a la reforma, debió ser complementado por un nuevo artículo, el 123,⁴²⁸ contenido en la Segunda Parte (“Autoridades de la Nación”). Esto

⁴²⁶ Sánchez, L. E. (2009). “Una revisión epistemológica de la autonomía.” En *IV Encuentro del Centro de Reflexión en Política Internacional*, 17 y 18 de septiembre de 2009, La Plata. Disponible en Memoria Académica: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.889/ev.889.pdf. Una revisión epistemológica de la autonomía:

AUTO-NOMÍA,-ICO,-O:αὐτὸς; el mismo; νόμος,-ου:ley;nemw: administrar,distribuir, repartie;...a: suf. der. de sust.; (Gobierno por sí mismo, que se rige por leyes propias).

El término autonomía se origina en el griego. Deriva de *αὐτονομία*, *αὐτονομίας* (pr. autonomía, autonomías). Esta palabra está formada por *αὐτός*, *αὐτή*, *αὐτόν* (pr. aytós, ayté, aytón) cuyo significado es él mismo, ella misma, por el sustantivo *νόμος*, *νόμου* (pr. nómos, nómu) que significa ley, regla y por el sufijo *-ία* (-ía) que indica acción, cualidad.

⁴²⁷ Artículo 5º: Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

⁴²⁸ Artículo 123: Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

implicó una limitación para el constituyente que se vio en la necesidad de incluir esta nueva cláusula en el título “Gobiernos de Provincias” y no junto al artículo 5, donde se reconoce dentro de las facultades de las provincias la facultad de garantizarse su propio régimen municipal.⁴²⁹ En el artículo 123 se impone a las provincias que aseguren la autonomía municipal.⁴³⁰

Luego de la reforma se presenta una nueva responsabilidad a las provincias: no solo deben garantizar el régimen municipal, sino que éste debe estar diseñado según las nuevas pautas y ateniéndose a la rigidez de estas. Las características de los municipios se deben incorporar a los textos provinciales, de modo que se reestructure el ámbito de sus competencias en relación a su dimensión, población, y recursos.⁴³¹ Fueron pioneras en materia de autonomía municipal, las provincias patagónicas que mucho antes de la década de 1990, ya incluían esta temática en sus respectivas constituciones.⁴³²

II. b. La autonomía municipal en las constituciones provinciales

En función del relativamente nuevo mandato constitucional, cada provincia estableció su propio régimen municipal, lo que implica una amplia variedad de diseños institucionales, veintitrés modelos, uno por cada jurisdicción subnacional. La autonomía, establecida en el artículo 5 de la Constitución Nacional quedaría a merced del alcance que le brinde cada constitución provincial. La definición de la situación institucional de un municipio, de las competencias y funciones asignadas constitucionalmente sería selectivamente afín al grado de autonomía de la que goza, o mejor dicho, del grado de fortaleza que tiene

⁴²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1989, con el famosísimo caso “Rivademar vs. Municipalidad de Rosario”, a partir del cual se estableció que “La necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el artículo 5º de la Constitución Nacional, determina que las leyes provinciales no solo deben imperativamente establecer los municipio, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido”.

⁴³⁰ Este artículo cambió la tendencia delineada desde los orígenes constitucionales que reafirmaba la independencia de las provincias frente a los poderes de la Nación para decidir lo relacionado con el derecho municipal.

⁴³¹ Con la incorporación este artículo, la posición autonomista se impuso definitivamente, tal como se observa en las nuevas constituciones provinciales sancionadas en el último ciclo constituyente iniciado en 1986 con la reforma en Santiago del Estero.

⁴³² Se recuerda siempre la Constitución de Santa Fe de 1921, en la que se otorgaba autonomía a los municipios. Los efectos de esta normativa solo tuvieron duración por tres años, debido que una intervención dejó sin efecto la Constitución Provincial. (Sabsay y Onandia: 2004).

para “hacer uso” de ella. La zona de libertad de las provincias se mantiene, pero ninguna de ellas podrá, válidamente, definir la esfera municipal sin acordarle como principio la autonomía. Por supuesto, cada uno impondrá su propio criterio, con mayor o menor libertad para el municipio. Muchos remarcan la necesidad de emprender procesos de descentralización para que los municipios asuman nuevas funciones; nosotros estamos en esa fase.

Hay 18 provincias que hablan en sus constituciones en forma expresa de la autonomía de los municipios. Estas son: Santa Cruz,⁴³³ Río Negro,⁴³⁴ Santiago del Estero,⁴³⁵ Neuquén,⁴³⁶ Jujuy,⁴³⁷ Catamarca,⁴³⁸ Entre Ríos,⁴³⁹ San

⁴³³ Artículo 141: Esta Constitución reconoce autonomía política, administrativa, económica y financiera a todos los Municipios. Aquellos que dicten su Carta Orgánica Municipal, gozarán además de autonomía institucional. La autonomía municipal que aquí se reconoce no podrá ser limitada por ley ni autoridad alguna.

⁴³⁴ Artículo 225: Esta Constitución reconoce la existencia del Municipio como una comunidad natural, célula originaria y fundamental de la organización política e institucional de la sociedad fundada en la convivencia. Asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa y económica. Aquellos que dictan su propia Carta Orgánica municipal gozan además de autonomía institucional. La Provincia no puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta Constitución y, en caso de superposición o normativa contradictoria inferior a la Constitución, prevalece la legislación del Municipio en materia específicamente comunal. Solamente pueden intervenirse por ley en caso de acefalía total o cuando expresamente lo prevea la Carta Orgánica. En el supuesto de acefalía total debe el interventor disponer el llamado de elecciones conforme lo establece la Carta Orgánica o en su defecto la ley.

⁴³⁵ Artículo 204: Autonomía municipal. Esta Constitución reconoce al municipio como una entidad jurídico política autónoma y como una comunidad natural, con vida propia e intereses específicos, independiente de todo otro poder en el ejercicio de sus atribuciones y funciones, de acuerdo con los principios establecidos en esta Constitución.

⁴³⁶ Artículo 271: Los municipios son autónomos en el ejercicio de sus atribuciones y sus resoluciones –dentro de la esfera de sus facultades– no pueden ser revocadas por otra autoridad.

⁴³⁷ Artículo 178: Todos los municipios tienen asegurada por esta Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten, la autonomía necesaria para resolver los asuntos de interés local a los fines del libre y mejor desarrollo de la comunidad. A esos efectos se les garantiza la organización del propio gobierno, la elección directa de sus autoridades y los medios suficientes para el cumplimiento eficaz de sus funciones.

⁴³⁸ Artículo 244.: Esta Constitución reconoce y garantiza en toda población estable con más de quinientos habitantes, la existencia del municipio como comunidad natural, fundada en la convivencia y la solidaridad. Goza de autonomía administrativa, económica y financiera. Ejerce sus atribuciones conforme a esta Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten. Sus autoridades son elegidas directamente por el pueblo.

Juan,⁴⁴⁰ Córdoba,⁴⁴¹ Misiones,⁴⁴² La Rioja,⁴⁴³ San Luis,⁴⁴⁴ Chubut,⁴⁴⁵ La Pampa,⁴⁴⁶ Corrientes,⁴⁴⁷ Salta,⁴⁴⁸ Tierra del Fuego⁴⁴⁹ y Tucumán,⁴⁵⁰ las provincias

⁴³⁹ Artículo 231: Se asegura autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera a todos los municipios entrerrianos, los que ejercen sus funciones con independencia de todo otro poder. Los municipios con más de diez mil habitantes podrán dictar sus propias cartas orgánicas.

⁴⁴⁰ Artículo 247: Se reconoce autonomía política, administrativa y financiera, a todos los municipios. Los de Primera Categoría tienen además autonomía institucional. Todos los municipios ejercen sus funciones con independencia de todo otro poder. Artículo 239: Todo centro poblacional de más de dos mil habitantes dentro del ejido, puede constituir municipio, que será gobernado con arreglo a las prescripciones de esta Constitución, de las cartas municipales y de la Ley Orgánica que en su consecuencia dicte el Poder Legislativo. Artículo 240: Categorías. Los municipios serán de tres categorías, a saber: Los municipios de “primera categoría”: las ciudades de más de treinta mil habitantes. Los municipios de “segunda categoría”: las ciudades de más de diez mil habitantes. Los municipios de “tercera categoría”: las ciudades, villas o pueblos de más de dos mil habitantes. Los censos oficiales nacionales o provinciales legalmente practicados, determinarán la categoría de cada municipio.

⁴⁴¹ Artículo 180: Esta Constitución reconoce la existencia del Municipio como una comunidad natural fundada en la convivencia y asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional. Los municipios son independientes de todo otro poder en el ejercicio de sus atribuciones, conforme a esta Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten.

⁴⁴² Artículo 161: El municipio gozará de autonomía política, administrativa y financiera, ejerciendo sus funciones con independencia de todo otro poder.

⁴⁴³ Artículo 154: Los municipios tienen autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera. La Legislatura Provincial sancionará un régimen de coparticipación municipal en el que la distribución entre la Provincia y los municipios se efectúe en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada uno de ellos, contemplando criterios objetivos de reparto; y sea equitativa, proporcional y solidaria, dando prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades. La autonomía que esta Constitución reconoce no podrá ser limitada por ley ni autoridad alguna. Deberán dictar su propia Carta Orgánica, con arreglo a lo que disponen los artículos 155^º y 157^º, a cuyos fines convocarán a una Convención Municipal, la que estará integrada por un número igual al de los miembros del Concejo Deliberante y será elegida directamente por el pueblo del Departamento.

⁴⁴⁴ Artículo 248: Se reconoce autonomía política, administrativa y financiera a todos los municipios. Aquellos que dicten su carta orgánica municipal, gozan además de autonomía institucional.

⁴⁴⁵ Artículo 225: Los municipios son independientes de todo otro poder en el ejercicio de sus funciones y gozan de autonomía política, administrativa y financiera con arreglo a las prescripciones de esta Constitución. La categoría y delimitación territorial de las municipalidades, comisiones de fomento y comunas rurales son determinadas por ley, la que requiere para su aprobación el voto de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura y tiene en cuenta especialmente la zona en que se presten total o parcialmente los servicios municipales y el inmediato crecimiento poblacional.

Autonomía institucional.

Artículo 226: Cuando una municipalidad tiene en su ejido urbano más de dos mil inscriptos en el padrón municipal de electores, puede dictar su propia carta orgánica para cuya redacción goza de plena autonomía.

⁴⁴⁶ Artículo 115: Todo centro de población superior a quinientos habitantes, o los que siendo de menor número determine la ley en función de su desarrollo y posibilidades económico-financieras, constituye un municipio con autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional, cuyo gobierno ser ejercido con independencia de todo otro poder, de conformidad a las prescripciones de esta Constitución y de la Ley Orgánica.

⁴⁴⁷ Artículo 216: Esta Constitución reconoce la existencia del municipio como una comunidad de derecho natural y sociopolítica, fundada en relaciones estables de vecindad y como una entidad autónoma en lo político, administrativo, económico, financiero e institucional. Su gobierno es ejercido con independencia de todo otro poder, de conformidad con las prescripciones de esta Constitución y de las Cartas Orgánicas Municipales o de la Ley Orgánica de Municipalidades, en su caso. Ninguna autoridad puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta Constitución y en caso de normativa contradictoria prevalece la legislación del municipio en materia específicamente local.

Artículo 228: Los municipios tienen plena autonomía en la administración y disposición de sus recursos, de los cuáles no pueden ser privados sino con su autorización prestada en legal forma. Ninguna autoridad puede retener fondos o elementos que sean destinados a un municipio en particular por parte del Estado Nacional o de cualquier otra persona física o jurídica, siendo responsables personalmente quienes realicen o consientan dicho acto indebido.

⁴⁴⁸ Artículo 170: Esta Constitución reconoce al Municipio como una comunidad natural que, asentada sobre un territorio y unida por relaciones de vecindad y arraigo, tiende a la búsqueda del bien común local. Los Municipios gozan de autonomía política, económica, financiera y administrativa.

⁴⁴⁹ Artículo 169: Esta Constitución reconoce al municipio como una comunidad socio política natural y esencial con vida propia sostenida en un desarrollo socio cultural y socio económico suficiente en la que, unidas por lazos de vecindad y arraigo, las familias concurren en la búsqueda del bien común. Asegura el régimen municipal basado en la autonomía política, administrativa y económico financiera de las comunidades. Esta Constitución reconoce al municipio como una comunidad socio política natural y esencial con vida propia sostenida en un desarrollo socio cultural y socio económico suficiente en la que, unidas por lazos de vecindad y arraigo, las familias concurren en la búsqueda del bien común. Asegura el régimen

de Buenos Aires, Mendoza, Chaco, Formosa y Santa Fe establecen los límites fijados a la autonomía municipal, sin declararlos expresamente autónomos, pero confiriéndoles una interesante potestad para regirse por normas y órganos de gobierno propios.

La mayoría de las constituciones hablan de autonomía financiera, política, administrativa y económica. La de Santiago del Estero también nombra la autonomía jurídica, y la autonomía institucional se otorga solo en algunos casos y bajo ciertas condiciones.

municipal basado en la autonomía política, administrativa y económico-financiera de las comunidades. Aquellos municipios a los cuales se reconoce autonomía institucional podrán establecer su propio orden normativo mediante el dictado de cartas orgánicas, gobernándose conforme al mismo y con arreglo a esta Constitución.

⁴⁵⁰ Artículo 132: En cada municipio los intereses comunitarios de carácter local serán confiados a la administración de un número de vecinos elegidos directamente por el pueblo, que funcionará con un departamento Ejecutivo y un Concejo Deliberante. Esta Constitución consagra la autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional de los municipios. Podrán dictar su Carta Orgánica mediante una Convención convocada por el Intendente en virtud de una norma dictada por la Legislatura. Ésta podrá disponer la creación de Tribunales de Faltas previendo las vías recursivas ante el Poder Judicial. La Provincia no podrá vulnerar la autonomía que por esta Constitución se consagra, ni limitar las potestades que para asegurar la misma se confiere. La ley establecerá las categorías de municipios y las condiciones para su erección, los que sólo podrán establecerse en los centros urbanos. Podrá incluirse en los municipios una extensión urbana y adscribirse un área de proyección rural: 1º) La extensión urbana podrá abarcar concentraciones de poblaciones que, aunque en discontinuidad edilicia con el centro, se encuentren funcionalmente vinculadas a éste, en homogeneidad de intereses locales y con derecho a recibir los mismos servicios. Bajo igual condición quedará incluido el espacio de discontinuidad conforme a la ley. 2º) El área de proyección rural abarca el territorio al cual el municipio preste los servicios esenciales o en los que se prevea un crecimiento poblacional o urbanístico del propio municipio y de las poblaciones aledañas que podrán integrar el ejido municipal. Sus límites y extensión serán fijados, en cada caso, por ley. 3º) En el área de proyección rural y en el resto de la Provincia, la ley podrá autorizar al Poder Ejecutivo a erigir comunas en los centros urbanos que no alcancen la categoría de municipio. Cada comuna será administrada por un Comisionado elegido directamente por el pueblo de la misma de entre sus propios vecinos, el que durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelecto bajo las mismas condiciones establecidas para el Poder Ejecutivo. Tendrá solo facultades de ejecución de las prescripciones de la ley y sus decretos reglamentarios, careciendo en consecuencia, de la facultad de crear contribuciones o tasas de ninguna especie.

Las provincias de San Luis, Santa Cruz y Río Negro permiten a los municipios dictar una carta orgánica y le da autonomía institucional⁴⁵¹ a quienes lo hagan. La Pampa y Entre Ríos dan autonomía institucional a todos los municipios; La Pampa permite que todos dicten su carta orgánica y Entre Ríos solo a aquellos con más de diez mil habitantes. San Juan da autonomía institucional a los que tengan más de treinta mil habitantes y Córdoba a todos sus municipios (al igual que La Rioja, que además exige que todos tengan carta orgánica). Chubut da autonomía institucional a los municipios con más de dos mil inscriptos en el padrón municipal electoral.⁴⁵² Tierra del Fuego da autonomía institucional y la posibilidad de dictar una carta orgánica a los municipios con más de diez mil habitantes, Chaco exige veinte mil habitantes para ello. Jujuy les garantiza la organización de su propio gobierno. Mendoza permite el dictado de una carta orgánica, pero impone sus bases desde su constitución provincial.⁴⁵³

⁴⁵¹ Tal como surge del artículo 175 de la constitución de Tierra del Fuego, la autonomía institucional implica: Ordenar y organizar el territorio municipal en uno o varios distritos, a cualquier fin; Determinar su forma de gobierno y establecer las atribuciones de sus órganos. Convocar a comicios para la elección de sus autoridades; Establecer el procedimiento administrativo y organizar la Justicia de Faltas; Establecer un sistema de revisión y control de cuentas y de la legalidad de los actos; Considerar el otorgamiento a los extranjeros del derecho electoral activo en forma voluntaria y confeccionar el padrón especial a ese efecto, si correspondiere. El derecho electoral pasivo es exclusivo de los ciudadanos argentinos; Revisar los actos del interventor provincial, o federal en su caso, conforme con las cartas orgánicas y las ordenanzas municipales; Crear los órganos de policía municipal con funciones exclusivas en materia de faltas. Las competencias enumeradas precedentemente deberán ser reglamentadas por las respectivas cartas orgánicas.

⁴⁵² En Argentina el sufragio es un derecho y una carga. Es obligatorio a partir de los 18 años hasta los 70 y voluntario a los 16 y 17 años.

⁴⁵³ Artículo 199: La Ley Orgánica de las Municipalidades deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndole las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales, con sujeción a las siguientes bases:

1. El número de miembros del Departamento Deliberativo no será menor de 10. El intendente es el jefe del Departamento Ejecutivo. Para ejercer tal cargo se requiere ser ciudadano argentino.
2. Serán electores los que lo sean del Registro Municipal en las condiciones que lo establezca la ley. El Registro de Extranjeros estará a cargo de la municipalidad y se formará como la ley lo determine.
3. Serán elegibles los ciudadanos y extranjeros mayores de edad, del municipio respectivo, y que sean electores. En los concejos municipales no podrá haber más de dos extranjeros.

Algunas constituciones establecen que serán municipios todos los partidos, otros fijan un número de habitantes para establecerlo y la mayoría delega en una ley provincial la facultad de crearlos.

III. Conclusión

El municipio es una de esas instituciones emblemáticas que mantiene muchas de las características que tuvo en sus orígenes. Es una célula política que trae a un plano pequeño los elementos de un Estado. Funciona en un territorio determinado, en el que habitan cierto número de personas organizadas, generalmente con una cultura e identidad local, que lo aceptan y con ello le dan legitimación. Está encabezado por una persona. Su grado de autonomía es alto y goza de cierta independencia, inclusive fiscal. Percibe los problemas locales con la sensibilidad propia de quien convive con ellos y está cercana a sus integrantes.

Podemos concluir que, más allá de la discusión sobre la existencia o no de las *leges datae*, existieron normas locales que los munícipes se daban a sí mismos, de la misma forma que sucede en Argentina. La autonomía municipal fijada por nuestro artículo 5 de la Carta Magna y la delegación en las provincias del alcance y contenido de la misma en cada territorio, establecido en 1994, tienen sus orígenes en el proceso de descentralización en el que se vio inmerso Roma, mediante el cual debió conferir a cada circunscripción administrativa, en diferente grado, facultades, derechos, prerrogativas y libertades que les daban una mayor o menor autonomía. Esto en Roma dependía, como hemos explicado, en gran parte de la población que residía en una ciudad, del status de la misma, de la antigüedad y fortaleza del vínculo con Roma, etc. Considerando al municipio como un ente autónomo, superador de una mera entidad administrativa, un gobierno local, inserto en una unidad política superior, este sistema sigue cumpliendo hoy en día la misma función que otrora, brindar a la comunidad regional la posibilidad de participar de un Estado más

4. Las elecciones se verificarán con el mismo sistema electoral establecido para la elección de Diputados a la Legislatura y con la reglamentación especial que determine la Ley Orgánica de Municipalidades.

5. El cargo de intendente deberá ser rentado y también podrá serlo el de concejal.

6. Las municipalidades tendrán las rentas que determine la Ley Orgánica y en ningún caso podrán dictar ordenanzas creando impuestos ni contribuciones de ninguna clase, salvo respecto de los servicios municipales.

cercano, facilitando la participación política, el desarrollo cultural, social y material, aportando también, al Estado nacional, o a Roma en su momento una colosal y efectiva organización del gobierno.

Según la autora mexicana Rendón Huerta,⁴⁵⁴ en el mundo actual, la teoría del Estado Federativo cede lugar a la teoría del Estado municipalista. En términos de descentralización, la teoría del Estado federado plantea una interacción entre dos entidades, la Nación y los estados miembros, mientras que en la teoría del Estado municipalista participan tres: la Nación, los estados provinciales y los municipios. Argentina tiene un Estado municipalista, en el que las garantías fundamentales de la autonomía política y administrativa, las condiciones y requisitos para la creación de un municipio y la organización del mismo, son establecidas por las constituciones provinciales. Y además muchos de ellos tienen derecho a crear sus propias cartas orgánicas, en las que pueden establecer normas para su organización, dadas por ellos mismos.

⁴⁵⁴ Rendón Huerta, T. (1998). *Derecho Municipal*. 2ª edición. México: Porrúa. En: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/10914/9985>

Obligación y responsabilidad en el Código Civil y Comercial: una mirada desde el derecho romano

Por Gastón Medina⁴⁵⁵

Resumen

La presente ponencia se estructura sobre dos ejes fundamentales: la idea de obligación y la idea de responsabilidad. Así, puesta la mirada en el antiguo derecho romano en donde ambas nociones hallan su origen, intentaremos construir una definición jurídica de ambos institutos. La finalidad última será clarificar el sentido y alcance que, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se otorga a ambas nociones. Saber, con respetable certeza, qué se quiere decir cuando se habla de obligación y de responsabilidad en el nuevo Cuerpo, cuya sanción, precoz y repentina, ha sellado la suerte del monumento jurídico sin igual que rigió la vida civil de la Nación, con perfecta coherencia y admirable estilo, por más de cien años.⁴⁵⁶

Palabras clave: Derecho romano; obligación; responsabilidad; Código Civil y Comercial de la Nación

⁴⁵⁵ Docente de Derecho Romano en facultades de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Nacional de La Pampa. Miembro fundador y secretario del Instituto de Historia y Derecho Romano del Colegio de Abogados de La Plata. Especialista en Derecho Social por la Universidad Nacional de La Plata. Diplomado en Derecho Romano por la Universidad Abierta Interamericana. Vinculación institucional: UNLP, UNLPam.

⁴⁵⁶ Nos referimos al Código Civil de Vélez, sancionado en 1871.

La obligación

Fue el gran romanista Vincenzo Arangio-Ruiz (1973),⁴⁵⁷ quien luego de remitirse al análisis evolutivo del concepto romano de “obligación” (siguiendo los trabajos de Perozzi y Pacchioni), hizo referencia a una primera etapa correspondiente al derecho arcaico, en la que la noción de obligación se refiere a la relación jurídica nacida del *Nexum*, por el cual alguien mancipaba su propia libertad corporal como garantía al acreedor del cumplimiento de la promesa dada por él mismo u otro sujeto, estableciéndose así el vínculo jurídico (“*obligatio*”) entre el acreedor y un garante llamado “*obligatus*”.

Prosigue dicho autor afirmando que esa consideración continuó aún durante la *Sponsio*, en la que la promesa solemne era dada por un promitente que, sin hesitación, cumplía el rol de prenda-rehén, llamándose “*obligatus*”, en el mismo sentido con se llamaba “*res-obligata*” a la cosa dada en garantía.

Así, en Digesto, Gaius, 44. 7 puede leerse un resabio de este sentido arcaico bajo el título de “*Obligationibus et actionibus*”, en donde la “*obligatio*” es concebida como una relación de subordinación jurídica bajo quien tiene el poder de forzarnos al cumplimiento de lo prometido, es decir, una concepción de la obligación desde su vértice activo. Pero este sentido solo perdura durante la época primitiva, luego de la cual la *Sponsio* evoluciona en el sentido de que la promesa se intercambia entre acreedor y deudor (con la eventual promesa accesoria de un garante). Y así, “*obligatio*” y “*debitum*” pasan a ser la misma cosa hasta la codificación de Justiniano (siglo VI), cuando continuó, siendo legado con ese alcance a los sistemas jurídicos modernos de tradición romanista.⁴⁵⁸

Así, la “*obligatio*”⁴⁵⁹ finalmente adquiere el sentido de deber de conducta a cargo de un sujeto, esto es, de ser “un vínculo jurídico en virtud del cual estamos constreñidos frente a otro, a determinada conducta”.⁴⁶⁰

En esta misma línea de pensamiento, el gran jurista J. J. Llambías (1977) se refiere a la obligación en el marco de lo que denomina “contenido moral del acto jurídico”, dimensión insoslayable para la consecución de un “Orden Social Justo”.⁴⁶¹ Basta recordar —dice este autor—, entre tantas otras

⁴⁵⁷ Arangio-Ruiz, V. (1973). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.

⁴⁵⁸ A través de los tratados sobre derecho civil de los comentaristas franceses Domat, Dumoulin, Pothier, Planiol, Troplong y Ripert, entre otros de igual linaje, citados por Vélez en las notas al Código Civil Argentino.

⁴⁵⁹ Cuya primera expresión jurídica fue acuñada por Cicerón. Antes, Plauto habíase referido al verbo “obligare” (atar; sujetar, ligar, alguna cosa o persona).

⁴⁶⁰ Arangio-Ruiz, V., op. cit., p. 316.

⁴⁶¹ Como dicho jurista define al derecho.

normas,⁴⁶² al artículo 953 del Código Civil, cuando dispone la invalidez de todo acto cuyo contenido fuere contrario a “las buenas costumbres”,⁴⁶³ a los que dicha norma declara enfáticamente “nulos como si no tuviesen objeto”.

Así, históricamente, en el ámbito jurídico, el concepto de “buenas costumbres” se ha identificado con la “moral” y, en países como el nuestro, tal como dice Vélez en la nota al artículo 530, “en el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre, por las leyes divinas y humanas”.

El gran Código velezano,⁴⁶⁴ si bien no definía a la obligación, se refería a ella con independencia de su especie (civil o natural), mediante la índole de su prestación o contenido (objeto). En este orden el artículo 495 rezaba: “Las obligaciones son de dar, de hacer o de no hacer”⁴⁶⁵. Y el artículo 496 enunciaba: “El derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer o no hacer, o de dar una cosa, es una deuda”.

Si bien, reiteramos, no se trató de una definición acabada por las razones expresadas por Vélez en la nota al artículo 495, permitió, junto a la lectura sistemática de otras normas del mismo Cuerpo, construir una noción, desde la perspectiva del sujeto pasivo de la relación jurídica (el deudor).

⁴⁶² Artículos 21, 530, 792, 795, 1503, 2261, 3608, 564, 1047, 1206, 1891, etc., del Código Civil derogado.

⁴⁶³ Cabe señalar, llegado el punto, que el Código Civil y Comercial de la Nación ha reducido su mención a escasas normas (artículos 10, 728, 958). El artículo 10, relativo al abuso de derecho, dispone que será tal, aquel que exceda los límites impuestos por la “buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Por su parte, el artículo 728 dispone el carácter extrajurídico de los “deberes morales” (o de conciencia), derogándose así la tradicional categoría de “obligaciones naturales”. A su turno, el artículo 958 dispone que la libertad de los contratantes de determinar el contenido (objeto) del contrato, halla su límite insoslayable en la ley, en el orden público, en la mora y las buenas costumbres (podemos advertir su clara reminiscencia al célebre artículo 953 del Código derogado).

⁴⁶⁴ “El último y más grande monumento de la cultura jurídica argentina.” Definido así por el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs As, Dr. Héctor Negri, en su artículo “Reflexiones sobre la derogación del Código Civil (claudicación de la cultura)”, del número extraordinario de la revista *Anales* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

⁴⁶⁵ En la nota al artículo, Vélez aclara las razones de su abstención de definir a la obligación, siguiendo a Freitas.

Desde esta perspectiva, la noción jurídica de la obligación fue elaborada por la doctrina autoral más prestigiosa⁴⁶⁶ sobre la base de la definición expuesta en el Corpus Justiniano, que definía a la obligación como “el vínculo jurídico por el cual estamos forzados a pagar alguna cosa a otro según las leyes de nuestra Ciudad” (I. J. 3.13).⁴⁶⁷ Tal definición recoge la idea de que la obligación es un vínculo jurídico en cuya virtud estamos forzados a realizar una determinada prestación, a favor de otra persona, conforme el ordenamiento jurídico que nos rijan que, en efecto, para los romanos era el *ius civile*.

Así, en Roma, como valioso fruto del desarrollo de la jurisprudencia clásica, fue elaborada esta única noción, cuya esencia fue la idea de deber jurídico particular, vínculo, prohibición específica, que se refería a un estado jurídico signado por la sujeción o ligamen jurídico-moral de un sujeto a favor de otro. Es decir, un compromiso de honor, receptado y protegido por el derecho de la Ciudad.

A partir de allí, la *obligatio* siempre ha sido comprendida como deber de conducta, siendo connatural a ella las ideas de “carga”; “mandato”; “necesidad”; “interpelación”. Su cumplimiento siempre ha sido considerado un “imperativo categórico”, no hipotético, mucho menos facultativo. Así lo ha entendido la doctrina autoral más respetada.

En la década de 1950, fue el gran profesor Arnaldo Biscardi (1990),⁴⁶⁸ quien aconsejó aplicar al derecho Romano la teoría germana “del vínculo jurídico complejo”, que comprendía la obligación desde el “débito” y la “responsabilidad”, a lo que J. J. Llambías siempre se opuso, atento la peligrosa consecuencia que podría derivarse de tal aceptación: vaciar de contenido moral al concepto normativo de obligación. Así lo dejó expresamente dicho: “En la obligación, hay un primer momento vital que se caracteriza por la necesidad y deber de satisfacer la obligación que pesa sobre el deudor”. Y, asimismo: “(...) la subestimación del deber de satisfacer la prestación desemboca en la

⁴⁶⁶ Ortolán, Machado, Llerena, Segovia y, más tarde, Elguera, Caramés Ferro, Salvat, Llambías y Borda, entre otros. Asimismo, actualmente, el catedrático romanista de la Universidad de Vigo, profesor Rodríguez Ennes, en su obra “La *obligatio* y sus fuentes”, afirma el sentido de deber de conducta que conlleva toda obligación. En igual sentido, el catedrático romanista de la Universidad Tor Vergatta de Roma, profesor Ricardo Cardilli.

⁴⁶⁷ Es célebre la definición de *obligatio* recogida en las Instituciones de Justiniano: “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostris civitatis iura*” (I. 3, 13, pr.).

⁴⁶⁸ Biscardi, A. (1990), “La Ley Poetelia Papiria y la transfiguración del concepto primordial de ‘Obligatio’”. En *Revista Complutense de Derecho Romano y tradición romanística*. Nº 2, p. 1-18.

equivocada creencia de que el deudor no está precisado a pagar, como si no fuera un deber suyo categórico, sino hipotético, en tanto y cuando quiera no incurrir en responsabilidad (...). Esto es, en la segunda fase, activada con el incumplimiento y considerada parte esencial de la estructura de la relación obligacional para la teoría alemana y parte de la doctrina autoral nacional. También expresó su clásica sentencia, al decir: “las obligaciones nacen con el germen de su propia muerte”, ya que nacen para ser cumplidas. Porque cumplir con la promesa dada siempre fue un gran valor romano que, convertido en principio rector de conducta, configuró la gran virtud (“vir”).⁴⁶⁹ Baste recordar lo que nos cuenta Pierre Grimal (2008)⁴⁷⁰ sobre el cónsul Marco Atilio Régulo, para comprender lo que implicaba ser en Roma todo un varón.

Siguiendo la misma línea del pensar, el profesor Jorge Pablo Martínez (2016) ha expresado esa necesaria comprensión de la obligación, desde su polo pasivo o del “débito”, con las siguientes palabras: “La existencia de la relación obligatoria impone –conviene anticiparlo– el *prius* lógico-ontológico del cumplimiento del pago: debes cumplir, debes pagar, está prohibido, impedido, no cumplir –le susurra la obligación al deudor...”. Y, más adelante agrega: “...la obligación es un ser para la muerte...”.

Dentro de esta noción única de obligación, ésta puede ser “civil” o “natural”, sin que en esencia cambie nada, ya que la división –como en toda clasificación– solo responde a un elemento accidental de su estructura normativa en el caso: la presencia o no de la acción.⁴⁷¹ En este sentido, Llambías expresa que la obligación natural configura “(...) una obligación con deuda pero sin garantía”. Pero obligación al fin, agregamos nosotros. Por el contrario, la regla no admite el signo inverso, ya que no resulta posible prever la existencia válida de una obligación que sea pura responsabilidad sin deuda, ya que su cumplimiento (pago) sería reputado sin causa y su incumplimiento (responsabilidad) jamás podría justificar la aplicación de ninguna sanción legal.⁴⁷²

El Código de Vélez jamás negó la esencia obligacional de la segunda clase (naturales) sino que la consideró especie de un mismo género (la relación

⁴⁶⁹ Virtud, del vocablo latino “*virtut*”, derivado de la raíz “*vir*”, referente a la capacidad de renuncia, disciplina y autocontrol.

⁴⁷⁰ Grimal, P. (2008). *Historia de Roma*. Buenos Aires: Paidós.

⁴⁷¹ En efecto, el artículo 515 del Código Civil de Vélez, decía: “Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento. Naturales son las que, fundadas en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por ellas...”

⁴⁷² Tal es el caso del deber moral previsto en el actual artículo 728 del nuevo Cuerpo.

jurídica obligacional), cuyo tratamiento estuvo inmerso en la teoría general de la obligación. La nota al artículo 515 decía así: “(...) hay obligación natural siempre que, según el *ius Gentium*, existe un vínculo obligatorio entre dos personas. Este vínculo (...) merece ser respetado”. Jamás redujo la obligación a las civiles. Ello fue el resultado de un yerro doctrinario generacional que, a la luz del nuevo Cuerpo, encuentra su consolidación definitiva mediante la nueva categoría extra jurídica de “deber moral”.

Retomemos el hilo del discurso. El hecho de que la condición de “natural” no sea óbice para su cumplimiento válido y eficaz. De estar, en ese caso, ante un auténtico “pago”, ante el cumplimiento del objeto de una obligación y no ante un pago indebido ni enriquecimiento sin causa, es prueba clara de la esencia obligacional del vínculo jurídico habido.

Resultaba categórica sobre esta cuestión la nota al artículo 516 del Código Civil de Vélez –relativo al efecto de las obligaciones naturales– que decía: “(...) Es que el pago de una obligación natural, es la renuncia de hecho de las excepciones, sin las cuales la acción legal del acreedor hubiese sido admitida. El pago, pues, en tal caso, no es una mera liberalidad, ni el deudor de una obligación natural puede a su turno decir que ha pagado lo que no debía...”.

El hecho de que una obligación natural pudiera novar hacia otra civil, mediante el cumplimiento de las formas sustanciales omitidas primeramente, o la ratificación o convalidación ulterior de quien tiene la capacidad legal para el acto, y viceversa, cuando una obligación que ha principiado civil deviene por efecto de la prescripción liberatoria en natural (inciso 2, artículo 505 del Código Civil de Vélez), son hechos que confirman dicha esencia jurídica. Asimismo, pueden ser tenidas como principales para la constitución de fianzas accesorias prendas e hipotecas que garanticen su cumplimiento; y hasta fueron tenidas como causa de compensación de deudas civiles por el derecho romano (no en Vélez).

A lo dicho se suma el instituto de la prescripción liberatoria. Si la prescripción liberatoria operaría “*ope legis*” (por objetiva voluntad legal; automáticamente) e “*ipso iure*” (en forma instantánea; inmediatamente), convirtiendo a una obligación civil en natural, de esa manera ello tiraría por tierra todas las conjeturas anteriores. Pero todos sabemos que ese no es el modo en que opera el instituto de la prescripción, sino a instancia de parte –amén del cumplimiento de otros requisitos legales–, no siendo válida su declaración “*ex-officio*” por el juzgador.

Y ello es posible porque el poder de exigir (accionar) al deudor el pago no forma parte de los elementos esenciales del vínculo obligacional, sin perjuicio de que sea cierto, que generalmente lo integra.⁴⁷³ En esta tesitura, encuentra fundamento la posibilidad que tiene el acreedor de una obligación natural, de accionar válidamente contra su deudor remiso, quien por honestidad o por descuido, quizás, se avenga a cumplirla (pague), u omita oponer la eventual defensa de prescripción cumplida, respectivamente, siendo en dichos casos ejecutada la “deuda” sobre su

garantía patrimonial, como si de una obligación civil se tratara (conf. arts. 505 ss. y cc. del CC de Vélez; y 730, 743, y 777 ss. y cc. del CCyCN).

A la luz del nuevo y poco feliz Cuerpo normativo, esto ha sido profundamente modificado: la obligación es, ahora, solo la obligación civil. El género ha sido trastocado por la especie, ya que el elemento “especial” que diferenciaba a la clase “obligaciones civiles” (el poder de accionar eficazmente, ya que “válidamente” siempre lo era, aún en el caso de las naturales) ahora es la “nueva esencia” sobre la que se estructura la relación jurídica obligacional.

Para que ello quede claro, se reemplazó la palabra “vínculo” por el término “relación”, y la expresión “estar constreñido” por la de “poder exigir” y por “obtener forzosamente”.

El actual artículo 724 del Código Civil y Comercial de la Nación dice: “Definición: La obligación es una relación jurídica, en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

En línea con esta comprensión, el actual artículo 728 utiliza el verbo “entregar” al referirse a la satisfacción del deber moral que contempla, omitiendo intencionalmente la expresión “pago”.

De modo que, no quedan dudas, la intención del nuevo legislador no ha sido de decir lo mismo de otra manera, sino de cambiar profundamente la estructura normativa de la obligación. Esto es: modificar su noción general hacia otra que compatibilice con la “neutralidad moral” (*rectius*: amoral) aconsejada por la ideología jurídica hegemónica, el positivismo jurídico cientificista, y que armonice con la idea de derecho subjetivo (crédito) como “poder de agresión⁴⁷⁴ legítimo”, de exclusivo valor económico-patrimonial,⁴⁷⁵ y oponible contra todo “ente”⁴⁷⁶ que ocupe el status de deudor.

⁴⁷³ Como ya dijimos en otro trabajo (“Reflexiones sobre el sentido y alcance de la responsabilidad civil...”, la obligación conlleva el derecho al pago, que no debe identificarse ni confundirse con el hecho de pago en sí, ni con la facultad procesal de accionar ante la justicia a su cumplimiento (acción en sentido material).

⁴⁷⁴ El artículo 243 del nuevo Código expresa: “... el poder de agresión de los acreedores...”

⁴⁷⁵ Absolutamente compatible con el proceso histórico de mercantilización de las relaciones intersubjetivas sociales (sociedad de masa; sociedad de consumo, globalización).

⁴⁷⁶ La abstracción conceptual ha sido considerada un gran mal de la modernidad, ya que puede derivar en la deshumanización de la cultura y sus instituciones. El término “ente” habla de ello. Históricamente, ha sido utilizado en derecho para definir a todo centro de imputación jurídica, es decir, a toda persona –física o ideal– con capacidad jurídica. El nuevo Código (nobleza obliga) se aleja –solo en principio– de tal empleo, sustituyendo “ente” por “persona humana” en sus artículos 22 y 23, relativos a la capacidad de derecho y de hecho, respectivamente.

Responsabilidad

Como suele afirmarse, en los sistemas jurídicos contemporáneos de tradición romanista hallamos múltiples principios, preceptos y reglas generales que nutren al derecho, convirtiéndolo en instrumento de paz y justicia sociales. Entre ellos se destacan el precepto “*pro honine*”, el principio “*bona fide*” y la regla “*alterum non laedere*”, entre tantas otras máximas humanistas de origen latino que perviven todavía.

Llegado el punto, centrémonos en el “*alterum non laedere*” de Ulpiano⁴⁷⁷, atento el rol que ha venido a ocupar en el nuevo Cuerpo. Dicha regla o precepto, que puede ser definido como el deber genérico de no dañar a otro, ya en su persona, ya en sus bienes, constituye, en efecto, una máxima del derecho de todo tiempo y lugar, no existiendo otra que se le compare, ora en justicia, ora en razonabilidad. Fue y será la madre de todo el derecho de la responsabilidad por daños, pues receptada a nivel constitucional en el artículo 19 de nuestra Carta Magna y rebautizada como principio o garantía de indemnidad, ha servido de fundamento a toda la reglamentación infraconstitucional reguladora de la reparación de las consecuencias dañosas resarcibles.

Nos referimos a los dos ámbitos de regulación de la doctrina tradicional (contractual-extracontractual); a las leyes especiales como las de defensa de los consumidores y de riesgos del trabajo; a la actual ley nacional de responsabilidad del estado; y, por supuesto, al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el que la noble y justa regla de Ulpiano aparece reforzada y con recobrada vigencia toda vez que en su artículo 1716 se unifican los referidos ámbitos-regímenes⁴⁷⁸ de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, a partir de lo que la doctrina de la reforma ha dado en denominar “fenómeno de la ilicitud”. Consideramos esto un gran acierto, tan meritorio que compensa en cierta medida el sacrilegio consumado contra todas las bondades del Código velezano, principalmente contra sus notas, las que por cierto configuraron el mejor tratado de derecho romano escrito por pluma nacional. Hoy, yacen confinadas al polvoriento cajón de los recuerdos. Permítasenos, al menos, el duelo que proponen estas reflexiones.

El artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación se ha preocupado en resaltar que la responsabilidad civil, en su función resarcitoria, refiere

⁴⁷⁷ Jurisconsulto Clásico (170 Tiro- 228, Roma). Discípulo del gran Papiniano y maestro de Modestino. Célebre por sus tres reglas: “*Honeste vivere- Alterum non laedere- Suum quique tribuere*”, y por ser uno de los grandes jurisprudentes receptados por el Digesto Justiniano. Fue Prefecto del Pretorio de Alejandro Severo, siendo asesinado por la guardia pretoriana en 228 por haber apoyado la pérdida de los privilegios acordados a dicho grupo por Caracalla.

al incumplimiento al deber de no dañar a otro (*alterum non laedere*), ya sea a través del no pago de una obligación preexistente cualquiera sea su origen, ya sea mediante cualquier otro hecho dañoso antijurídico (los delitos y cuasidelitos de Gayo y de Vélez).

Así, la responsabilidad civil se consolida como la única causa-fuente de la obligación de reparar, en todos los casos, y con independencia de las características especiales o circunstancias propias de su nacimiento que lleguen a justificar la aplicación de ámbito o regímenes de regulación distintos.

De modo que la responsabilidad civil no puede identificarse con la obligación de reparar, como mal sostienen algunos. Tampoco con el efecto anormal de la obligación, como afirman otros con igual margen de error, so pena de caer en la insuperable contradicción lógica de considerar a un mismo hecho, “la causa” y “su consecuencia”.

En esta línea del pensar, podemos afirmar que el único hecho fontal generador de la obligación de reparar es el hecho violatorio del “*alterum non laedere*” de Ulpiano, que el nuevo Código ha denominado “responsabilidad civil en su función resarcitoria” (artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Ello no solo conlleva el mérito de colocar a la responsabilidad civil en su debido lugar de causa fuente de obligaciones, sino también el acierto de reconocer la naturaleza ilícita del “no pago” (por parte de la doctrina cuestionado) y reafirmando que toda obligación nace para ser cumplida, siendo siempre antijurídico su incumplimiento incausado.

Pero estas bondades no agotan los méritos del nuevo Código en cuanto a su claro intento de afianzar la regla que prohíbe dañar, ya que mediante la llamada función preventiva de la responsabilidad (artículo 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación) ha llevado a la responsabilidad

⁴⁷⁸ Cabe señalar que tal dualismo, que halla su origen en la escuela francesa (Domat, Dumoulin; Pothier; Planiol; Ripert; Troplong, etc), fue omitido por Vélez por razones de buen método y con la finalidad de evitar las múltiples confusiones que de ella derivan. Cuando uno tiene la suerte de leer el tratado de las obligaciones de Robert Pothier, observa que ni bien inicia la teoría de la obligación, luego de definirla brevemente, a renglón seguido continúa desarrollando de modo exhaustivo la teoría general del contrato. Esto ha creado múltiples yerros en la doctrina como, por caso, la confusión del contrato con la obligación; del objeto de uno con el contenido del otro; de la responsabilidad contractual con el incumplimiento de toda obligación nacida ya de un contrato, ya de cualquier otra fuente lícita (declaración unilateral, ley); de la responsabilidad extra-contratual, con la comisión de actos ilícitos (delitos-cuasidelitos) sin consideración de que la ley también es una causa extracontractual. Por último, la identificación equívoca, entre responsabilidad civil y obligación de reparar.

civil hasta sus máximas consecuencias, haciéndola digna de múltiples elogios y justas consagraciones. Nos referimos a la función preventiva que el nuevo Código atribuye a la responsabilidad civil (artículos 708, 710, 711 del Código Civil y Comercial de la Nación). Ahora, la responsabilidad civil también se activa mediante la violación potencial a la regla que prohíbe dañar, mediante la creación de “riesgo”, es decir, al generarse la situación razonable de que un daño acontezca (artículo 1710). Las normas se refieren también a la obligación de evitar todo daño antijurídico de un tercero, como asimismo la continuidad o agravamiento del daño ya producido por aquel (artículo 1711).

De modo que, cuando el artículo 1737 define al daño antijurídico o daño resarcible como aquel provocado sin causa legal de justificación, debemos interpretarlo en armonía con la norma del artículo 1711, que amplía los supuestos de responsabilidad civil al acto u omisión antijurídicos que generen un riesgo razonable de daño contra un interés lícito también razonable (artículo 1712).

Las consecuencias de la nueva normativa son las siguientes: 1) La responsabilidad civil en su función preventiva, acontece ante el riesgo razonable de que un daño suceda; 2) haciendo nacer la obligación de evitarlo o impedirlo, no agravarlo ni continuarlo, ya se trate de actos propios, o de terceros por los que se deba o no responder.

De modo que, aun en este plano, en este rol preventivo la responsabilidad civil sigue siendo causa fuente de obligación, ya no de resarcir sino de actuar con debido cuidado y previsión (prevención), a fin de evitar que todo daño acontezca, conforme la índole del contrato o de las circunstancias particulares del caso, cuando no mediere uno; ateniéndonos siempre, al curso natural y ordinario de la experiencia.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que conforme el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la responsabilidad civil preventiva está configurada por el incumplimiento antijurídico imputable al deber de prevenir el daño (artículos 1710, 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación), del mismo modo que, en su función resarcitoria, la responsabilidad civil es el incumplimiento antijurídico imputable al deber de no dañar (artículo 19 de la Constitución Nacional; artículos 1710, 1716, y concordante del Código Civil y Comercial de la Nación).

Así, la idea de daño sigue siendo la contante determinante en la configuración de la responsabilidad civil, ya a la luz de la prevención (daño potencial: riesgo), ya a la hora de la reparación (daño actual), ante su razonable o cierto acontecer, respectivamente.

Antes del nuevo Código, nadie se hubiera atrevido a considerar al deber legal

de prevención de daños (implícito en la prohibición-deber legal de no dañar del artículo 19 de la Constitución Nacional, y del Bloque Constitucional Federal) una obligación civil en sentido estricto, dejando a salvo algún fallo solitario y perdido de cierto Tribunal. Sin embargo, en otros fueros (Derecho del Trabajo, Derecho de los Consumidores) habíase receptado la pretoriana figura de la obligación tácita de seguridad, considerada una auténtica obligación de origen legal ínsita en el contenido de todo contrato de trabajo o de consumo. Sin embargo, la mayoría de la jurisprudencia se había mostrado esquiva o reticente a su reconocimiento cabal y general.

En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación significa un avance notable en el horizonte de la responsabilidad civil como causa de las mismas, ya que, ahora, el artículo 1711 reconoce, expresa y genéricamente, una acción de prevención (de origen legal e implícita en todo contrato) contra todo acto o hecho riesgoso, sin necesidad de acreditar siquiera la culpa ni el nexo causal objetivo: "... no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución", dice la norma citada. Lo que no deja de ser un progreso significativo en beneficio de los sujetos de derecho, potenciales damnificados de daños, y un signo incontrastable de la proclamada unicidad.

Bibliografía

Catalano, P. (2011). *El Digesto de Justiniano. Libro I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

Carames Ferro, J. M. (1958). *Curso de Derecho Romano*. 7º edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Código Civil de la Nación (1982). 3º edición. Buenos Aires: A-Z Editora.

Código Civil de la Nación (1992). La Plata: Zavalía.

Código Civil y Comercial de la Nación (2014). 1º edición. Buenos Aires: Errepar.

García del Corral, I. (1999). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Madrid: Lex Nova.

Di Pietro, A. (2014). *Imperio y Derecho*. Tomo I y II. La Plata: Editorial de la Universidad Católica de La Plata.

Di Pietro, A. (2013). *La cuestión de los derechos subjetivos en el derecho romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad del Salvador.

Llambias, J., Raffo Benegas, B. y Sassot, R. (1977) *Compendio de Derecho Civil: obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Llambias, J. (1973). *Tratado de Derecho Civil: obligaciones*. Tomo I, II, III. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Martínez, J. (2016). *La responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: sus dilemas*. La Plata: Librería Editora Platense.

Martínez, J. (2016). *El Derecho de las Obligaciones en el nuevo Código...* La Plata: Secretaría de Extensión. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata.

Medina, G. (2019). “Reflexiones sobre el sentido y alcance de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Inédito. En proceso de edición. En *Revista Anales*, n° 49. Universidad Nacional de La Plata. La Ley.

Negri, H. (2015). “Reflexiones sobre la derogación del Código Civil (claudicación de la cultura)”. En *Revista Anales*, número extraordinario. Universidad Nacional de La Plata. La Ley.

Picasso, S. (2013). *La antijuricidad en el Proyecto de Código*. Buenos Aires: La Ley.

Pothier, R. (1839). *Tratado de las obligaciones. Primera parte*. Barcelona: Sociedad de Amigos Colaboradores. Versión electrónica disponible en <https://es.scribd.com/document/28682194/TRATADO-DE-LAS-OBLIGACIONES-PDF> (al 04/01/19).

Pufendorf von, S. (2015). *Historia del Derecho Natural y de Gentes*. Madrid. Versión electrónica disponible en e-Archivo: <http://hdl.handle.net/10016/22079-HISTORIA-DEL-DERECHO-NATURAL-PDF> (al 04/01/19).

Rinaldi, N. y Álvarez, M. (2017). *Manual de Derecho Romano (Público y Privado)*. Buenos Aires: Edictum.

Torrent Ruiz, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer.

Wayar, E. (1990). *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma.

La significancia jurídica de la víctima que interviene en su propio daño en el Código Civil y Comercial argentino y en el derecho romano

Por Jesús Gabriel Mercado⁴⁷⁹

I. Introducción

El precepto *alterum non laedere*, actualmente con rango de principio jurídico, es esencial en todas las ramas del derecho, porque delimita la esfera de libertad de los seres humanos, en el sentido de que establece hasta dónde un sujeto puede hacer o no hacer algo. Ahora, hasta dónde alguien puede realizar una acción, hasta dónde manifestar sus ideas, hasta dónde está permitido equivocarse o incluso no hacer algo, el límite está en ese otro, particularmente en el perjuicio que eventualmente se le pueda causar.

No obstante, qué sucede cuando el menoscabo es causado por el propio sujeto que padece el daño. Allí desaparece esa alteridad que establece el límite de la conducta humana y como lógica consecuencia el ordenamiento no establece una consecuencia concreta. El panorama se oscurece cuando el daño padecido por el damnificado obedece, además, a otros sujetos intervinieron en mayor o menor medida en el acaecimiento de éste.

⁴⁷⁹ Abogado por la Universidad Nacional del Comahue. Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral. Profesor Adjunto en la cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue.

En el presente trabajo se propone analizar cuál es la significancia jurídica asignada por el Código Civil y Comercial argentino a la acción de la víctima que ha intervenido en la producción de su propio daño, en comparación con la principal fuente de nuestro derecho: el derecho romano.

II. La responsabilidad civil y sus elementos

Según la teoría de la responsabilidad civil, para que una persona resarza los perjuicios ocasionados es necesaria la existencia de ciertos elementos o requisitos: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad entre el hecho y ese daño y la presencia de un factor de atribución que puede ser subjetivo u objetivo.

En el Código Civil argentino, en materia de responsabilidad civil consagró un sistema básicamente subjetivo, basado en la culpa. “Desde el ángulo de la responsabilidad civil, el esquema de conducta exigido era el de prever o evitar el daño. Por ende, cuando se transgredía el deber de previsión (culpa inconsciente) o de evitación (culpa consciente), nacía un juicio de reproche contra el autor”.⁴⁸⁰

Aquel sistema comenzó a modificarse tardíamente a causa de las repercusiones de la revolución industrial y de la sociedad de masas. En este sentido, a través de la jurisprudencia y finalmente con la sanción de la Ley 17.711, se incorporó en el ámbito de la responsabilidad extracontractual los factores objetivos de atribución: el riesgo creado, el abuso derecho, la garantía, la equidad, etc.

Por otra parte, es sabido que si el demandado desea eximirse de responsabilidad debe acreditar la faz negativa de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad. Dependiendo cuál sea, la defensa del accionado se enderezará a probar la inexistencia de dichos requisitos, o comprobar determinadas causales, según cada uno de los presupuestos enunciados, que lo exoneraran del deber de responder, ya sea en el ámbito contractual o aquiliano.⁴⁸¹

En este contexto, la relación de causalidad es “el nexa que vincula el daño

⁴⁸⁰ Wierzbza, S., Meza, J. y Borgina, J. C. (dir.) (2017). *Derecho de Daños. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 25.

⁴⁸¹ Sin perjuicio de que la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial, en cuanto a los efectos de ambos regímenes, han quedado unificados. Unificar no implica diluir la distinta estructura del contrato y el hecho ilícito, sino simplemente unificar las consecuencias de ambos, sometiéndolas, salvo casos de excepción, a las mismas reglas.

directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva”.⁴⁸² Por su parte, los hechos, si bien son fenómenos que acontecen en el mundo real en un tiempo y lugar determinado, dentro del nexo de causalidad, son entendidos como “un eslabón en una cadena causal en la que se suceden inexorablemente hechos que son antecedentes de aquel, y hechos que son consecuencia”.⁴⁸³ El quid de la cuestión reside en la individualización de aquel hecho que es la condición y/o causa del resultado dañoso.

Así las cosas, el tratadista continúa remarcando que

(...) para determinar la causa de un daño, se debe hacer, *ex post facto*, un juicio o cálculo de probabilidades: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que indagar si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma apta para provocar el daño según el curso ordinario de las cosas; si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente; si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una *conditio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se había producido o al menos no de esa forma.⁴⁸⁴

En materia de relación de causalidad, “la unificación de la legislación civil y comercial en el nuevo Código ha receptado como principio general al modelo de la causa adecuada”.⁴⁸⁵ Es decir, debe mediar un nexo adecuado de causalidad entre los efectos dañosos y el hecho generador del daño.

En este devenir, Bustamante Alsina afirma que “el vínculo de causalidad falta, o sea que se interrumpe el nexo causal, todas las veces que el daño es el resultado de una causa ajena. Es decir, cuando la causa del resultado es un acontecimiento extraño al hecho del demandado”.⁴⁸⁶ “Ese *iter* entre el

⁴⁸² Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9ª edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 267.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ Sánchez Herreo, A. (2016). *Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III, La Ley On line. El principio es expuesto en el artículo 1726 del Código Civil y Comercial y reiterado en hipótesis de responsabilidades especiales, tales como los artículos 441, 524 y 173.

⁴⁸⁶ Bustamante Alsina, J., op. cit., p. 305.

hecho del agente y el efecto atribuido admite, lógica, fáctica y jurídicamente, la posibilidad de ser desvirtuado a través de la ocurrencia de otra causa que desplace a la que es sindicada como probable, regular u ordinaria”.⁴⁸⁷

II. a) *La culpa exclusiva de la víctima*

Ciertamente la mayoría de los profesionales del derecho que se han formado con el Código Civil de Vélez saben que los factores que interrumpen el nexo causal son varios: por un lado, la culpa exclusiva de la víctima, la culpa de un tercero por el que no se deba responder y el caso fortuito o la fuerza mayor en el ámbito de la responsabilidad aquiliana y, por otro lado, se suma la imposibilidad de incumplimiento en el área de los contratos.

Cuando se habla de culpa de la víctima, la primera idea que se presenta es el actuar negligente, descuidado o imprudente de la persona que sufre el daño. Para la sociedad del riesgo, resulta reprochable el comportamiento de un sujeto que no adopta los recaudos mínimos para cumplir con sus obligaciones, con lo cual deberá cargar con las consecuencias de su propio daño.

Según el texto literal del Código Civil velezano y la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia de la época, si el daño de ese sujeto se producía por su exclusiva culpa, no existía responsabilidad alguna, dado que era de aplicación el artículo 1111 de dicho código, que establecía lo siguiente: “El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”.

Dicha figura, según los estudiosos del derecho civil argentino, ya era conocida en el derecho romano: “*Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non inteligitur damnum sentire*”,⁴⁸⁸ contemplada en un fragmento del Comentario al libro octavo *ad Quintum Mucium* de Pomponio (no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre).

En concordancia con lo anterior, cabe aclarar que una porción de la doctrina y jurisprudencia argentina sostiene que no todo hecho de la víctima constituye la causa ajena, sino solamente el hecho culposo o descuidado de la misma,⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Alterini, J. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. 2ª edición. Tomo VIII, La Ley On line.

⁴⁸⁸ Digesto. L. L, Tít. XVII, Regla. 203.

⁴⁸⁹ Siguiendo a esta línea de pensamiento si se exige culpa de la víctima, el damnificado debe ser imputable, pues para reprocharle el obrar negligente debió actuar con voluntad. El hecho de un inimputable no excusaría de la responsabilidad del demandado, salvo que se recurra a la otra línea de pensamiento y/o otras instituciones.

tópico que generó posiciones encontradas, dado que otros preferían hablar, con fuertes argumentos, del “hecho del damnificado”, porque en materia de causalidad lo que interesaría es contraponer causa contra causa.⁴⁹⁰

Hablar de la culpa de la víctima o del hecho de ésta, si bien pareciera ser una cuestión meramente terminológica o de *nomen iuris*, no es menor, dado que escoger una u otra expresión, o ambas, implicará una reorganización, desde la academia, de la enseñanza de la legislación, de la doctrina y jurisprudencia y, en particular, del sistema de eximentes que liberan de responsabilidad.

Más aún si se tiene en cuenta que con la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, se estableció en el artículo 1729 que: “La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa o dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”.

Debe prestarse atención a dicha redacción, habida cuenta de que para liberar de responsabilidad no se “exige una falta imputable a quién sufre el daño”, es decir, no se exige culpa o dolo, sino “la incidencia del hecho del damnificado”. La culpa o el dolo, en términos literales del artículo 1729, solamente serán necesarios cuando la ley o el contrato así lo exijan.

Ahora bien, ¿se incorporó al ordenamiento una excepción a la responsabilidad civil diferente a aquella establecida en el Código Civil de 1859? ¿Cómo trataron los antiguos romanos a la conducta de la víctima como factor influyente en el acaecimiento del daño?

III. El *damnum iniuria datum*

El “daño injustamente causado” regulado desde mediados de la República romana por la *Lex Aquilia*, fue un delito privado del derecho romano y puntapié del devenir de la responsabilidad civil. Sin embargo, un sistema de responsabilidad como el que hoy rige no existía en sus orígenes y mucho menos en los pueblos primitivos con un desarrollo económico y cultural muy precario.

En las épocas más remotas, “si una persona causaba un daño a otra, la consecuencia usual, antes que la reparación *in natura* o por equivalente, era, más bien, una represalia referida a la misma especie de la afrenta recibida, toda vez que el concepto de reparación, como hoy lo conocemos, no existía la moneda estaba poco difundida y no existían mecanismos adecuados para realizar una

⁴⁹⁰ López Herra, op. cit.

valoración del daño tomando como referencia una determinada cantidad de signos monetarios”.⁴⁹¹

En rigor, se “puede afirmar que en el derecho romano no existió, como principio general, el deber de reparar los daños causados injustamente, sino que se plantearon, por la ley o por el *pretor*, casos particulares de daños, que estaban particularmente referidos a las lesiones o deterioros que pudieran afectar a los bienes fundamentales para las personas en aquel momento, y se establecieron para ellos sanciones de diversa entidad, consistentes, generalmente, en el pago de una suma de dinero”.⁴⁹² “Debieron transcurrir muchos años para que ante tales hechos se planteara un concepto de resarcimiento o indemnización del daño causado y muchos más aún para que este concepto prevaleciera sobre la naturaleza punitiva de la reacción del ordenamiento, no obstante lo cual esta concepción no se abandonó de manera completa”.⁴⁹³

En una época más avanzada, en el siglo el siglo III a. C., nació la Ley Aquilia que “dejó sin efecto las disposiciones contenidas en el código decenviral y en las leyes anteriores que trataban del daño con injuria y significó un intento de generalización tendiente a sistematizar las normas aplicables a todos los casos posibles de daño injustamente causado que, de esta manera, quedaron configurados como delitos productores de obligaciones”.⁴⁹⁴

Los capítulos centrales de la *Lex Aquilia* son el primero y el tercero. En el primer capítulo se regulaba la pena prevista a aquellas personas que hubieran matado injustamente a un esclavo ajeno o a animales domésticos (*pecus*). En este caso, el autor era condenado a pagar al propietario de las cosas, el más alto valor que el objeto hubiese tenido el año anterior.⁴⁹⁵ En orden al tercer capítulo, se estableció en lo que respecta a otros daños diferentes del asesinato de esclavos o ganado, si alguien causa daño a otra persona, e ilegalmente que-

⁴⁹¹ De Cupis, A. (1996). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., Imprenta Universitaria de Bogotá, p. 823, citado por Solarte Rodríguez, A., “La reparación in natura del daño”, en *Estudios de doctorado en la Universidad de Salamanca*, 11 de mayo de 2015.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 195.

⁴⁹³ Cfr. Solarte Rodríguez, citando a Jörs, P. y Kunkel, W. (1965). *Derecho privado romano*. Traducción de la segunda edición alemana. Barcelona: Editorial Labor, p. 242.

⁴⁹⁴ Peña Guzmán, L. y Argüello L. (1966). *Derecho Romano*. Tomo II. Buenos Aires: Tea, p. 391.

⁴⁹⁵ El contenido de los capítulos primero y tercero de la *Lex Aquilia* fue descrito, de manera más o menos fiel, en los siguientes fragmentos de Gayo y Ulpiano: Gai. ad ed. prov. D. 9, 2, 2 pr.: “Disponese en el capítulo primero de la ley Aquilia: ‘que el que hubiere matado con *iniuria* al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo, o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año’”.

maba, rompía o corrompía algo, era obligado a pagar al dueño el valor de la cosa de los 30 últimos días.⁴⁹⁶

Corresponde señalar que en los primeros tiempos el valor de la *poena* “se determinaba con base en el simple valor objetivo de la cosa (*aestimatio rei*), a partir de la última jurisprudencia clásica se empezó a incluir en la estimación del daño no solo el valor objetivo o intrínseco de la cosa sino también el valor de los beneficios que se hubieran truncado por el acontecimiento dañoso”.⁴⁹⁷

Se observa, entonces, una evolución del pensamiento jurídico en el sentido de tener en cuenta no solo el valor objetivo de la cosa en el mercado, sino también las consecuencias que derivaron del deterioro o pérdida del objeto para el dueño. Un poco más adelante, “va a ser la jurisprudencia clásica posterior a Salvio Juliano, la que considera la *utilitas domini* como criterio determinante de la *summa condemnationis*, y esto, en opinión de Valditara, aproxima la *aestimatio rei* a una *aestimatio damni* cuyo cálculo remite al criterio del *id quod interest*”.⁴⁹⁸

Dentro de los requisitos para que procediera la *Lex Aquilia*, se requería que el daño hubiera sido causado con *iniuria*, es decir, sin derecho o contra derecho, lo que para ciertos autores comprende la ejecución del daño con dolo o culpa,⁴⁹⁹ mientras que para otros, la *iniuria* hace referencia al “criterio que permitía imputar jurídicamente a un comportamiento la respectiva sanción, pues, siendo injustificado el comportamiento, era por lo tanto reprochable para el derecho”.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ Ulpiano XVIII ad ed. D. 9, 2, 27, 5: “Mas en el tercer capítulo dice la misma Ley Aquilia: ‘Respecto a las demás cosas, excepto el esclavo y las reses que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado o roto alguna cosa con iniuria, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto aquella cosa valiere en los treinta días próximos’”. Todas las fuentes del Digesto corresponden a la versión en español de García del Corral, I. (1889) (trad.). *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: Jaime Molinas Editor.

⁴⁹⁷ Solarte Rodríguez, op. cit., p. 197.

⁴⁹⁸ Catresana, A. (2001). *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*. 1ª edición. Salamanca: Editorial de la Universidad de Salamanca.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 393.

⁵⁰⁰ Sánchez Hernández, L. (2016). “De la culpa de la *lex aquilia* del derecho romano al principio de responsabilidad por cual en el derecho civil colombiano”. En *Revista de Derecho Privado*, N° 30, enero-junio, p. 289.

III. a) *La iniuria como elemento del damnun iniuria datum*

Según la doctrina, la *iniuria* dentro de la estructura del delito aquiliano condicionaba la aplicación de la sanción económica a que el daño de la cosa proviniera de un *occidere iniuria* en el caso del primer capítulo de la ley o de un *urrere, frangere rumpere iniuria* en el caso del tercer capítulo, “por lo que el uso de la palabra *iniuria* como ablativo de modo en el texto legislativo no se refería al daño en sí mismo, sino al modo en el cual el mismo fue provocado”.⁵⁰¹

A partir del análisis del pensamiento del jurisconsulto tardo clásico Ulpiano,⁵⁰² se afirma que la interpretación de la *iniuria* ulteriormente giró en torno a la presencia o no de causales que permitan justificar la conducta; en términos modernos, si se configura la antijuridicidad de la conducta o si, por el contrario, la misma se encuentra justificada.⁵⁰³ “La doctrina romanista mayoritaria, desde el siglo XIX hasta la más contemporánea, ha entendido que originariamente la *iniuria* en el plebiscito aquiliano tenía el valor de una particular injusticia de la conducta, entendida como ausencia de una causa de justificación frente al *ius*, con prescindencia de cualquier valoración subjetiva del comportamiento”.⁵⁰⁴

Con posterioridad, los estudiosos del derecho de Roma sostienen que existió un proceso a partir del cual se reinterpretó la *iniuria* dando lugar tempranamente al concepto de culpa. Se basan en la opinión de Quinto Mucio Escévola, del siglo I a. C. referido a Paulus en sus *Libri ad Sabinum* (Pau. X ad Sab. D. 9. 2. 3. I.),⁵⁰⁵ el que da cuenta de un caso de un podador que deja caer una rama de un árbol sobre un esclavo transeúnte, provocándole la muerte.

⁵⁰¹ Sánchez Hernández, op. cit., p. 290.

⁵⁰² En el libro XVIII de los Comentarios al edicto y de D. 9, 2, 3-5 y en Collatio (Coll. VII, 3, 1-4).

⁵⁰³ Cfr. Sánchez Hernández, p. 292.

⁵⁰⁴ *Ibid.* Ver en las páginas 292, 293, 294 los argumentos que sostienen lo afirmado.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 296. Pau. X Ad Sab. D. 9, 2, 31: “Si un podador al desprender una rama del árbol, o el que trabajaba sobre un andamio, mató a un hombre que pasaba, es responsable si aquella cayese en sitio público, y él no dio voces para que pudiera evitarse el peligro. Pero también dijo Mucio, que si esto mismo hubiese sucedido en lugar privado, puede reclamarse por la culpa; y que hay culpa, porque habiéndose podido *provideri* por persona diligente no se *proviso*, o se avisó cuando no podía evitarse el peligro. Por cuya razón no hay mucha diferencia entre que se pasara por lugar público, o por privado, puesto que muchas veces se pasa por la generalidad por lugares privados. Mas si no hubiere camino alguno, debe responder tan solo del dolo, para que no eche nada sobre aquel que viere que pasaba; porque no se le ha de exigir culpa, cuando no hubiere podido adivinar, si por aquel habría de transitar alguno.”

En este supuesto se determinó si la sanción de la *Lex Aquilia* procedía o no en marco de una actividad lícita, como lo es podar un árbol. Allí se diferenció si el esclavo pasaba por un lugar privado o público. Si era un lugar privado, el podador no era sancionado dado que la conducta estaba justificada por el derecho de propiedad; ahora, si era público y no había dado aviso al transeúnte era procedente el remedio aquiliano.⁵⁰⁶ Según el autor citado se “limita dicha justificación acudiendo al criterio de la culpa, la cual concreta afirmando que se actúa con culpa cuando, habiendo podido *provideri* por una persona diligente, no se *provisum*, o se avisó cuando ya no podía evitarse el peligro”.⁵⁰⁷ “*Provideri*” depende la posición que se adopte; puede significar “proveer” o “prever”, lo que impacta sobre el sentido de la culpa, ya que proveer hace referencia a adoptar los recaudos necesarios de acuerdo con un estándar determinado para evitar resultados, mientras que prever hace alusión a pensar en las consecuencias futuras de una determinada conducta.⁵⁰⁸

Según el doctrinario citado, el fragmento referenciado constituye un gran progreso por cuanto abre la puerta a la valoración subjetiva del actuar ligado a un modelo de comportamiento ideal como parámetro de referencia, modelo consistente en el del *homo diligens*.⁵⁰⁹

Resulta interesante destacar que la idea de culpa unida a la *iniuria* continuó en finales de la República en pasajes de Alfenio Varo, jurista del Siglo I a. C., en un hecho en el que un esclavo que había sustraído una linterna a un ventero termina golpeado por éste, en el famoso caso conocido como las mulas del capitolio, o el del juego de pelota en el que un esclavo termina lesionado.⁵¹⁰

En estos casos se puede observar que

(...) la valoración de la *iniuria* por parte de los juristas gira en torno a la existencia o no de una causa de justificación de la conducta, razonando en categorías que hoy conocemos como legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de una actividad lícita y ejercicio de un derecho (...). Sin embargo, otro elemento común es que, a pesar de la presencia de una causa que objetivamente justifica la conducta, en algunos casos la jurisprudencia no exime al agente de la sanción aquiliana, por cuanto el

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 297.

⁵⁰⁸ Cfr. Sánchez Hernández, p. 298.

⁵⁰⁹ Cardilli, R. *Gestione empirica dell'imputazione*, cit., 20. En el mismo sentido cfr. Id. *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1995, 190 s., citados por Sánchez Hernández, p. 298.

⁵¹⁰ D. 9, 2, 5 2, 1; D. 9, 2, 52, 2; D. 9, 2, 52, 4.

comportamiento es reprochable subjetivamente, recurriendo para ello al concepto de culpa.⁵¹¹

Según este autor, las nociones de *iniuria* y culpa, que podrían identificarse como licitud y culpabilidad, tenían una autonomía conceptual, pero interconectada o “sinérgica”, debido a que “la culpa permitía restituirle al comportamiento del agente aquella ilicitud que una causa de justificación le había quitado; por ello, actuar con culpa era actuar con *iniuria*”.⁵¹²

IV. La culpa de la víctima en el derecho romano

En algunos pasajes del Digesto, la culpa de la víctima aparece como eximente o atenuante de responsabilidad. En efecto, dicho principio se encontraría en numerosas partes del *Corpus Iuris Civilis*⁵¹³ y resumido en la regla formulada en D. 50.17.203: “no se entiende que el que sufre daño por su culpa sufre daño”.⁵¹⁴

Ahora bien, Ulpiano, Ulp. XVIII ad ed. D. 9, 2, 11 pr. 51, reporta una opinión de Fabio Mela y Próculo, expresada en torno a un caso donde varios sujetos han concurrido a la causación de la muerte de un esclavo, evento en relación al cual se proponen hipótesis de solución a partir del concepto de culpa, y lo que resulta más interesante, se comienza a observar como alternativa de resolución, la culpa de la víctima en el acaecimiento del hecho dañoso.

En el caso aludido, Mela escribe que, si

(...) varios jugasen a la pelota y uno, habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero de tal modo que a un esclavo al que el barbero estaba afeitando le fuera cortada la garanta con la navaja, queda obligado por la Ley Aquilia cualquiera de los que fueran culpables. Próculo dice que la culpa está en el barbero; y ciertamente, si afeitaba allí donde era costumbre jugar o donde el tránsito era frecuente, hay motivos para impu-

⁵¹¹ Sánchez Hernández, p. 302.

⁵¹² *Ibid.*, p. 303.

⁵¹³ D. 9. 2. 9. 4; D. 9. 2. 11 pr.; D. 9. 2. 28. 1; D. 9. 2. 31; D. 9. 2. 52. 1; D. 9. 2. 7. 4; D. 16. 1. 17 pr.; D. 17. 2. 52. 4; D. 17. 2. 72; D. 21. 2. 56. 3; D. 39. 2. 44 pr.; D. 50. 17. 203 citados por San Martín Neira, L. (2014). “La reducción del resarcimiento de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas.” En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 27, julio-diciembre, pp. 35-67.

⁵¹⁴ Pomponius 8 ad q. muc. “*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*”.

tarle la responsabilidad; aunque también se dice acertadamente que, si alguien se confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, solo él tiene la culpa.⁵¹⁵

Ante tales circunstancias, el jurista Fabio Mela estableció que debía responder por la muerte del esclavo el que tuviera la culpa. Sin embargo, no dijo de quién era la culpa del deceso, si del jugador que golpeó fuertemente la pelota o del barbero. Ahora bien, “resulta relevante que para el jurista depende de la específica aplicación del criterio de culpabilidad, por lo que el daño, es imputable, entre los varios sujetos involucrados, a aquel que hubiere actuado de manera reprochable”.⁵¹⁶

Por su parte, Próculo dijo que la culpa había que atribuírsela al barbero debido a que estaba afeitando en un lugar muy frecuentado o en las inmediaciones de un campo de juegos, donde resulta previsible el peligro de afeitarse a un sujeto con una navaja, suponiendo que afeitara con regularidad en dicho lugar.⁵¹⁷ Desde otra perspectiva, aquí se puede observar que el razonamiento se apoya en la culpa del barbero al realizar una actividad lícita, pero en un lugar peligroso, con lo cual, hace que su conducta se considerada como *iniuria*.⁵¹⁸

⁵¹⁵ D. 9, 2, 11. pr. (Ulpianus libro 18. ad edictum): *Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deicerit et sic servi, quem tonsor habebat (corr. radebat), gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam; et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur; quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.* Por otro lado, Andreas Wacke, en “Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán,” texto de conferencias, ilustradas por proyecciones de diapositivas, y mantenidas en los años 1985 y 1987 en las Universidades de Barcelona, Madrid y Zaragoza y además en la Casa de les Valls, Andorra la Vella, traducido al español por el profesor Juan Miquel González de Audicana, refiere que: “El barbero había colocado su silla de afeitarse al aire libre, en las inmediaciones de un lugar donde otros jugaban a la pelota. Como César y Augusto se hacían afeitarse a diario, el pueblo imitaba a los emperadores. Aquel que se lo podía permitir, buscaba un elegante salón de peluquería (también con el objeto de poder distraerse charlando). Los menos potentados se hacían embellecer al aire libre, que era menos costoso. Debido al cálido clima meridional, los barberos sencillos colocaban un asiento en la calle, frente a su pequeña tienda; o al igual que lo hacen hoy los limpiabotas ambulantes, rondaban con la silla a cuestas.”

⁵¹⁶ Sánchez Hernández, op. cit, p. 303.

⁵¹⁷ Wacke, op. cit., p. 560.

⁵¹⁸ Sánchez Hernández, op. cit, p. 304.

Ulpiano por su parte, propone –aunque, en otros términos– que, si era previsible el riesgo para el barbero, también lo era para el esclavo, de modo que debía cargar con las consecuencias perjudiciales por encomendarse a un barbero que trabaja en un lugar peligroso, teniendo aplicación el aforismo latino: *de se queri debet*.⁵¹⁹ Claramente en la propuesta de Ulpiano se advierte una solución del caso a partir de la culpa de quien resultó víctima del daño producido, liberando de responsabilidad al barbero y los jugadores.

En este sentido, el mismo jurista había proyectado que se eximía de sanción a aquel que había lesionado a un esclavo con una jabalina, cuando este había pasado intempestivamente por el campo de práctica.⁵²⁰ La imprudencia del esclavo surge de la ponderación de la previsibilidad exigida al sujeto en el lugar en que acaece el suceso, ya que, en un campo de deportes, donde resultan previsibles determinados riesgos propios del deporte en cuestión, el siervo debió adoptar los medios adecuados para resguardarse de estos; sin embargo, de manera imprudente e “intempestiva” cruzó por ese lugar peligroso y terminó lesionado. En definitiva, no debió estar en medio de un campo de tiro.

En otro orden de cosas, en el caso de la hoguera descrito D. 9. 2. 45. 3, dos esclavos estaban saltando sobre un montón de paja en llamas, chocaron y ambos cayeron, resultando consumido por el fuego uno de los dos. En ese

⁵¹⁹ Wacke, op. cit., p. 560. Del Castillo, M. S. (1994). *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*. Madrid: Dykinson: “afirma la originalidad de la frase, argumentando que no se trataba de un concurso de culpas, sino de determinar quién había actuado con culpa, siguiendo el planteamiento propuesto por Mela; y el hecho de que el esclavo se encontrara en un lugar peligroso liberaba al barbero de responsabilidad. Solución que además era coherente con aquella que Ulpiano había proyectado en Ulp. xviii ad ed. D. 9, 2, 9, 4, donde resultaba exento de responsabilidad el que había lesionado a un esclavo con una jabalina, cuando este había pasado intempestivamente por el campo de práctica,” citado por Sánchez Hernández, p. 304.

⁵²⁰ D. 9, 2, 9, 4 (Ulpianus libro 18. ad edictum): *Si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquilliae locus est. sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquillia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere, qui tamen data opera in cum iaculatus est, utique Aquillia tenebitur*, D. 9, 2, 10 (Paulus libro 22. ad edictum) : *nam lusus quoque noxius in culpa est*. (Si lanzando jabalinas por diversión hubiese sido muerto un esclavo, tiene lugar la Ley Aquilia. Pero si cuando otros estando, lanzando jabalinas en el campo, hubiera cruzado un esclavo por aquel lugar, cesa la Aquilia, porque no debido pasar intempestivamente por un campo en el que se arrojaban jabalinas. Sin embargo, quien lanzado deliberadamente contra él queda obligado por la Aquilia: pues la culpa incluye también el tomar parte en un juego peligroso).

supuesto se determinó que nada podía reclamarse por tal motivo, salvo que el dueño del esclavo muerto probase que el superviviente lo empujó.⁵²¹

En suma, el hecho de saltar sobre llamas en días festivos es una actividad recreativa, tradicional de la cultura de aquel tiempo y lícita. En cierto modo, como se aprecia en la regla formulada en el párrafo anterior, en principio nada puede reclamarse si alguno resulta quemado, quizás, porque en el marco de esa actividad permitida los participantes asumieron, aceptaron o consintieron el riesgo y/o fueron culpables al no adoptar medidas que pudieran haber evitado el trágico final.

El dueño del esclavo quemado, cuyo patrimonio se vio disminuido como consecuencia de un daño, no tenía acción. En otras palabras, se parte de la base de que, si el actor demandaba, su acción sería rechazada por el órgano jurisdiccional, salvo que probase que el otro sujeto superviviente había empujado a quien culminó incinerado. Se aprecia a simple vista una inversión de la carga de la prueba, de lo que se infiere que existe una presunción detrás consistente en que los sujetos que se prestaban a ese tipo de actividades peligrosas, si acaecía el evento dañoso, a lo sumo aceptaban que eran víctimas de su propia culpa o de los eventuales riesgos de la práctica, por ello se exigía un poco más, que se demuestre el dolo por parte de alguno de los dos participantes sobrevivientes.

Otro caso que viene a colación es el relatado por Alfeno en D. 9. 2. 52 pr.: *Alfenus libro secundo digestorum*. “*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur*”. (Si un esclavo hubiese muerto de las heridas, y esto no hubiese sucedido por ignorancia del médico, o por negligencia del dueño, debidamente se ejerce la acción por la muerte de aquel).

Según los intérpretes de dicho pasaje del Digesto,⁵²² se refiere a un esclavo herido por un tercero que muere una vez pasado un lapso. Si el esclavo muere a consecuencias de las heridas y no por la negligencia del médico o del dueño del esclavo que se encargaba de darle los cuidados necesarios, procede la acción aquiliana contra el tercero causante de los perjuicios. Ahora bien, *a contrario sensu*, si la muerte del esclavo obedece a la impericia del médico o a la negligencia del dueño en no otorgarle los cuidados necesarios para que se recupere de la herida, se configuraría, más allá de la situación particular del galeno, culpa de la víctima por parte del dueño que no adoptó los recaudos necesarios para evitar la agravación del daño, y, en consecuencia, no podría demandar por los perjuicios que le ocasionó la muerte del esclavo.

⁵²¹ Cfr. Wacke, p. 563.

⁵²² San Martín Neira, op. cit., p. 56.

V. La culpa en la supervivencia del derecho romano

En primer lugar, es dable tener en cuenta que la escuela de los glosadores, en materia de responsabilidad aquiliana, mantuvo el sistema romano del *damnum iniuria datum* y extendió dicho daño, más allá de los bienes de un sujeto, a la persona misma. “Si bien el cuerpo del hombre libre no era estimable, mediante la acción aquiliana podía obtenerse el resarcimiento de los daños patrimoniales derivados de la muerte, lo cual contribuyó a la construcción omnicompreensiva del ilícito”.⁵²³

Asimismo, los glosadores tuvieron en cuenta la función penal de la acción aquiliana, aunque comenzaron a enfatizar la función resarcitoria de la misma, siendo entendida por los comentaristas como una acción de carácter general de resarcimiento ante cualquier daño patrimonial, incluso en el ámbito de las relaciones contractuales.⁵²⁴

A su vez, el concepto de *iniuria*, que era fuente de equívocos para la época, fue reemplazado por el de culpa, al punto tal que el concepto “culpa *levissima*, que en las fuentes aparece mencionado solo en un fragmento de Ulpiano, resultó ampliamente desarrollado en la doctrina intermedia. La Glosa acursiana la definió como el no prever aquello que de algún modo un hombre *diligentissimus* podía haber previsto, estableciendo una relación entre la culpa *levissima* y la *diligentia diligentissimi* y concretando la regla según la cual, en materia extracontractual, se debe observar la máxima diligencia”.⁵²⁵

En este sentido, el glosador Bassiano († 1197) fue “quien por primera vez habló de concausalidad y de la concurrencia y compensación de culpas a propósito del ‘*damnum iniuria datum*’ y de la responsabilidad aquiliana”.⁵²⁶ En otras palabras, la compensación de culpas, que con posterioridad será uno de los sistemas que adoptaran los sistemas jurídicos del mundo, nos acerca a la idea de que la culpa de la víctima compensa o anula la culpa del autor, como la solución comentada en orden a los esclavos incendiados en la hoguera. “Lo cierto es que la expresión compensación de culpas no tiene origen en el derecho romano. Así, según indica Castresana, los romanos jamás usaron dicha expresión”.⁵²⁷

A su turno, el filósofo alemán Christian Wolff (S. XVII) es “el primero en hacer quebrar esta firme tesis sobre la exclusión de responsabilidad *ex damno*

⁵²³ Sánchez Hernández, op. cit., p. 309.

⁵²⁴ Cfr. Sánchez Hernández, p. 309.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 310.

⁵²⁶ San Martín Neira, op. cit., p. 41.

⁵²⁷ *Ibid.*

en caso de concurrencia de culpas del agente y de la víctima. Wolff (...) admite el prorrateo de daños de acuerdo con el grado de culpabilidad en el que haya incurrido la víctima cuando, con su propia intervención, se coloca en situación de *damnum*".⁵²⁸

Posteriormente, dicha doctrina "sería recogida en el Código Civil austriaco (ABGB, 1811), y desde aquí pasaría a ser conocida por el resto del mundo. En cuanto a la forma en que debe realizarse la repartición, el ABGB solo señala que debe ser proporcional, pero se entiende que dicha proporción es en razón a la gravedad de la culpa de cada parte".⁵²⁹ Ahora bien, en dicho código se agregó una regla más, la cual refiere que cuando dicha proporcionalidad en cuanto a la causación del daño no podía estimarse, la repartición se hacía por parte iguales.

En definitiva, a partir del antiguo requisito de la *iniuria* en el delito privado *damun iniuria datum*, los jurisprudencistas, las diferentes escuelas del pensamiento jurídico y la era de las codificaciones forjaron a la culpa como piedra angular del sistema de la responsabilidad civil, además de dejar en claro que, si la culpa en la causación era del damnificado, debía cargar con las consecuencias de sus actos, ya que "*quod quis ex sua damnúm sentit, non intelligitur sentire*" (Digesto, Libro 50, Tit. 17, regla 203) (no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre).

En paralelo, la concurrencia de culpas entre víctima y victimario fue objeto en el derecho comparado de diferentes regulaciones. Se conocieron "tres sistemas: (i) repartición en partes viriles; (ii) consideración de la gravedad de la culpa de cada parte, y (iii) consideración de la eficacia causal, que propone una repartición objetiva sobre la base de la incidencia causal de cada conducta".⁵³⁰ Vale señalar que, en algunos sistemas jurídicos, ante la imposibilidad de aplicar alguna de las alternativas esbozadas, se estableció la repartición salomónica de los perjuicios causados entre víctima y victimario.

VI. La culpa de la víctima en el derecho civil argentino

VI. a) La culpa en el Código Civil y en la doctrina

Como se adelantó en los inicios de esta obra, el derecho civil argentino de aquella época, con notables notas del romanismo, estableció su sistema de

⁵²⁸ San Martín Neira, op. cit., p. 45.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ San Martín Neira, op. cit., p. 38.

responsabilidad civil basado en la culpa. Ya se advertía líneas atrás el emblemático artículo 1111 del Código Civil que disponía en términos de la doctrina y jurisprudencia, la imposibilidad de las personas de alegar su propia torpeza.

Es más, cuando se incorporaron los factores objetivos de atribución de responsabilidad a través de la Ley 17.711, como el caso del riesgo creado en el artículo 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, el dueño o guardián, entre otras opciones, podían, y aun hoy actualmente pueden, liberarse de la obligación de resarcir el perjuicio producido, demostrando la culpa de la víctima. Sin dudas, el sistema, heredado de Roma, pulido en las épocas que se sucedieron, siempre descansó en la idea de que, si el autor de un daño quería liberarse de responsabilidad, debía acreditar la culpa de la víctima.

Sobre el artículo 1111 se construyó una controversia puesto que señalaba como eximente de responsabilidad a la falta imputable de la persona que sufre el daño. “Como tal, la culpa de la víctima, no la mera intervención fáctica del damnificado, tenía virtualidad para desviar o concurrir en el *iter* entre el hecho y el daño causado”.⁵³¹

Sin embargo, parte de la doctrina previa a la sanción del Código Civil afirma que en realidad lo que resulta más adecuado es hablar del *hecho* de la víctima y no de la culpa de la misma, ya que, en el ámbito de la relación de causalidad—elemento de la responsabilidad civil en el cual, en teoría, se analiza dicha eximente—lo importante es “contraponer causa contra causa”,⁵³² puesto que se afirma que el hecho de la víctima es una de las tantas causas ajenas que puede alegar el demandado, para fracturar el nexo causal y eximirse de responsabilidad, tales como el “hecho” de un tercero o el *casus*.

Sin embargo, la otra parte de la biblioteca sostiene que es necesario que medie *culpa* en la conducta de la víctima para que opere la eximente,⁵³³ circunstancia por la cual los hechos de los inimputables (por ejemplo: accidente de tránsito ocasionado por la intervención de un menor de edad) exige a analizar no la culpa del menor, sino la de sus padres por falta de cuidado, lo que sumado a los requisitos del *casus* liberaría de responsabilidad.

Cinco son los motivos por los cuales se sostenía que el Código de Vélez exigía

⁵³¹ Sánchez Herrero, A. (2018). *Tratado de Derecho Civil y Comercial - Tomo III*. Buenos Aires: La Ley On line.

⁵³² López Herrera, op. cit., p. 168.

⁵³³ Según López Herrera son partidarios de la teoría de la culpa de la víctima: Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R. Por su parte, según Pizarro, D. y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 3*. Buenos Aires: Hamurabi SRL, p. 111, agrega a Llambías y Orgaz.

la culpa de la víctima y no el *hecho*.⁵³⁴ Primer motivo: en el derogado artículo 1111 del Código Civil se hacía referencia a una “falta imputable” al damnificado, así como las disposiciones del 1113 del Código Civil, pos-reforma de la Ley 17.711, aludían expresamente a la culpa de la víctima. El segundo motivo tiene que ver con la intención del legislador del momento. Existían razones de política legislativa por las cuales, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, que trae aparejada una fuerte presunción de responsabilidad, se creía conveniente limitar la posibilidad de liberarse del deber de responder a los casos en que hubiere mediado culpa de la víctima. El tercer argumento: la prescindencia del requisito de la culpabilidad de la víctima sería contrariar la evolución jurídica de la teoría de la responsabilidad civil, dirigida hacia la protección de la persona dañada. El cuarto fundamento se enlaza con el caso de los inimputables. Se afirma que, si bien no se puede predicar culpa respecto de ellos, existen sujetos civilmente responsables como los padres, tutores o curadores en orden a los cuales sí se puede efectuar un juicio de reprochabilidad. Finalmente, en relación con el quinto motivo, Pizarro afirma “que quienes participan de estas ideas admiten que, cuando el hecho inculpable de la víctima asume los caracteres propios del caso fortuito, se opera la liberación del demandado”.⁵³⁵

Por otro lado, el hecho de la víctima, desde la perspectiva de la relación de causalidad, sería un hecho extraño al presunto responsable, no imputable, que tiene el efecto de alterar el nexo causal, exonerando o atenuando la responsabilidad.

En este sentido, no correspondería hablar de culpa de la víctima debido a que se estaría presumiendo un estado psicológico, y la voluntad del sujeto compuesta por la intención, discernimiento y libertad; y en realidad, según sus partidarios, lo que importa son las causas en la secuencia de los hechos que desplazan la imputación y no ese estado psicológico que implica además reprocharle al sujeto víctima del daño por qué se desvió de la diligencia o prudencia exigida por la norma.⁵³⁶

En resumidas cuentas, los motivos para quienes estiman que el simple hecho de la víctima es suficiente para liberar de responsabilidad⁵³⁷ también pueden resumirse en cinco argumentos:⁵³⁸ se sostiene que el anterior Código, en el

⁵³⁴ Se aclara que los cinco motivos expuestos corresponden a los autores Pizarro y Vallespinos, p. 112 y 113.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 113.

⁵³⁶ Cfr. López Herrera, p. 169.

⁵³⁷ Mosset Iturraspe, Kemelmarker de Carlucci, Zavala de González y Campanucci de Caso, según Pizarro y Vallespinos, p. 113.

⁵³⁸ Cfr. Pizarro y Vallespinos, Tomo III, p. 113 y 114.

artículo 1111 al referirse a la culpa del perjudicado, lo hace en un sentido genérico, habida cuenta de que el término “culpa” siempre alude a una conducta reprochable respecto de otras personas y no de uno mismo. En segundo lugar, se afirma que, respecto del hecho de la víctima, culpable o no, siempre implica la ruptura del nexo causal entre el hecho y el daño, desvirtuando el presupuesto de la autoría; por ello mal puede formularse un juicio de atribución de responsabilidad, cuando ni si quiera se encuentra la conexión entre la autoría y el daño. El tercer motivo se centraliza en poner énfasis en las causas del daño. Se arguye que el centro de imputación reside en causas materiales, y no en la ponderación de culpas, puesto que tanto el hecho culpable o no de la víctima pueden ser causa exclusiva o concurrente del perjuicio causado. En cuarto lugar, se reconoce que es cierto que el ordenamiento protege los intereses de las víctimas de daños; sin embargo, se sostiene que ello no puede traer aparejado imputar las consecuencias del daño a quien no es su autor causal, más allá de que la causa material haya sido el hecho culpable o involuntario de quien resultó damnificado. Finalmente, los partidarios de esta posición interpretan que la expresión “falta” utilizada por el artículo 1111 del Código de Vélez, debe ser entendida como noción equivalente a antijuridicidad objetiva, como obrar contrario a derecho y no a la conciencia que el autor tenga en la comisión del hecho dañoso.

VI. b) El hecho de la víctima en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial determina en el artículo 1729 al hecho del damnificado como una de las posibles causas ajenas. Como puede observarse, no quedan dudas de que “el Código toma partido ante un reiterado y persistente debate en la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de si la exigente se configura con el solo hecho positivo o negativo de quien sufre el daño, pero con incidencia efectiva sobre el nexo causal, o si, además de esa interrupción fáctica, se requiere que el accionar de la víctima le sea imputable a título de culpa”.⁵³⁹ El hecho del damnificado prescinde de la culpa, salvo que la ley o el contrato dispongan lo contrario.

Lorenzetti indica que “no es la gravedad de su culpa, sino la operatividad causal de su conducta la que excluye o limita el deber indemnizatorio de terceros (...). En consecuencia, el hecho de una persona sin discernimiento —en

⁵³⁹ Sánchez Herrero, Ob. cit.

los términos del artículo 261 del Código— tiene la misma aptitud causal que el de quien obra un acto voluntario”.⁵⁴⁰

Así las cosas, el hecho del inimputable, de una persona con capacidad disminuida o de un menor, es suficiente para tenerlos por causantes de su propio daño. En el caso de los menores, con el régimen anterior, algunos fallos interpretaban que si bien no había culpa del menor, sí la había de sus padres, por falta de vigilancia. Otros fallaban que el hecho de la víctima —tal como lo establece actualmente el Código Civil y Comercial— interrumpía el nexo causal.

Sobre este tema, Alterini sostiene que “se alivia la carga probatoria para la liberación del deber de responder, en contra de las víctimas, puesto que no se necesita acreditar que la víctima incurrió en culpa, sino únicamente la influencia de su hecho en la línea causal del dañador”.⁵⁴¹

No obstante, “el artículo en comentario deja a salvo los casos en los que la ley o el contrato disponen que debe mediar culpa o dolo de la víctima. Esto se verifica, en general, cuando se trata de damnificados en situación de vulnerabilidad, pues en tales casos la exigencia de una culpa calificada del dañado opera como una forma de aumentar su protección”.⁵⁴²

Por otro lado, más allá que la norma comentada no lo establece, Lorenzetti señala que “para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente, y se constituya en la causa exclusiva del perjuicio, es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito en los términos del artículo 1730 (es decir, debe ser imprevisible o inevitable, además de exterior —artículo 1733, inc. e—)”.⁵⁴³

En apoyo a esta tesis se recurre al derecho comparado. Se destaca que en el derecho francés “el hecho causal no constitutivo de la fuerza mayor no tienen

⁵⁴⁰ Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial comentado*. Tomo XVIII, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 430.

⁵⁴¹ Alterini, J. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético 2º. Ed. Tomo VIII*. La Ley On line.

⁵⁴² *Ibid.* 431. En materia “de daños al consumidor la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que ‘los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial’, lo que equivale a exigir una culpa grave del consumidor o usuario para que ella pueda tener relevancia causal” y CSJN, Fallos: 331:819, 333:203, según Lorenzetti, p. 432.

⁵⁴³ *Ibid.* Continúa diciendo el citado autor: “Eso es así por cuanto únicamente el caso fortuito rompe totalmente el nexo causal adecuado entre el hecho del sindicado como responsable y el daño; de ahí que el artículo 1730, que lo regula, disponga que el *casus* ‘exime de responsabilidad’”.

ningún efecto exoneratorio”⁵⁴⁴ y que dicho criterio fue seguido tanto por la jurisprudencia argentina durante la vigencia del anterior Código y parte de la doctrina nacional, requiriendo la inevitabilidad del hecho del damnificado, la imprevisibilidad o ambas.⁵⁴⁵

No obstante, que el hecho del damnificado deba reunir los extremos del *casus* no es una posición pacífica en doctrina, ya que, del tenor literal del artículo 1729, no se observa dicha exigencia legal, de modo que tales extremos no serían necesarios. A su vez, desde un análisis comparativo, los requisitos que están expresamente exigidos para el caso fortuito y fuerza mayor (artículo 1730 del Código Civil y Comercial) y para el hecho del tercero ajeno (artículo 1731 del mismo Código), faltan en la norma específica (artículo 1729 del mismo Código), lo cual revelaría la irrelevancia para configurar esa específica causa extraña.⁵⁴⁶ Por su parte, otros autores afirman que “la exigencia de imprevisibilidad e inevitabilidad no es necesaria y conduce, sustancialmente, a confundir la eximente que nos ocupa con el caso fortuito y la fuerza mayor”.⁵⁴⁷

VII. Repensando el artículo 1729 del Código Civil y Comercial y los diferentes efectos atribuidos a los actos de la víctima

La norma en comentario dispone que la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño tiene como efecto excluir o limitar la responsabilidad civil del presunto dañador, por lo cual, se debe tener en claro qué es el “hecho del damnificado”.

En este sentido, la palabra “hecho”, en derecho, hace referencia a un suceso o acontecimiento que acaece en la realidad, en el mundo exterior, necesariamente

⁵⁴⁴ Bacache-Gibeili, M. (2012). *Traité de droit civil. Tomo V. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*. 2ª edición. Christian Larroumet (director). París: Économica, p. 582, citado por Sánchez Herrero, Ob. cit.

⁵⁴⁵ CNACIVIL, SALA H, “V., L. A. c. A., C. y otros s/daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)”; 21/8/2014, La Ley Online: AR/JUR/49768/2014; CNACIVIL, SALA B, “Carbajal, Nora Antonia c. Aragón, Olga y otros”; 12/04/2010, La Ley, 2010-E, p. 14; RCyS, 2011-I, p. 114. C3.AACCMPTMENDOZA, 20/04/2009, “Martín, Oscar Walter y otra por su hijo menor G., J. M. c. García, Marcelo Fabián Antonio y Lucero, Cesar p/d y p”; LLGran Cuyo, 2009 (agosto), p. 680; CACCLGUALEGUAYCHU, “Pedroza, Hugo Daniel c. Municipalidad de Larroque y otros s/ordinario daños y perjuicios”; 29/11/2012, LLLitoral, 2013 (abril), p. 307; La ley Online: AR/JUR/70748/2012, fallos citados por Sánchez Herrero, Ob. cit.

⁵⁴⁶ Sánchez Herrero, Ob. cit.

⁵⁴⁷ *Ibid.* en referencia a Ramón Pizarro.

en un tiempo, lugar y acaecido de una manera o modo determinado. El suceso ocurre en una fracción de tiempo determinado, dentro de la eternidad, específicamente en un día, que es la medida de contar el tiempo en el derecho; y en un punto o sitio específico, en la inmensidad del espacio y rodeado de circunstancias propias del contexto que envuelve al hecho.

En definitiva, esbozando un concepto de la institución prevista en el artículo 1729 del Código Civil y Comercial, se puede afirmar que el hecho del damnificado consiste en un acontecimiento ocurrido en un tiempo y lugar determinado, en el que intervenga o participe de alguna forma el sujeto damnificado y que tenga incidencia causal, de acuerdo con los parámetros de la teoría de la causa adecuada (artículo 1726 del Código Civil y Comercial), en el resultado dañoso, con prescindencia de la culpa o el dolo.

De esa manera, el hecho del damnificado se ubica dentro del género de los hechos jurídicos, con la particular intervención del damnificado, con incidencia causal en el resultado dañoso y cuya única consecuencia en el mundo jurídico es liberar o reducir la responsabilidad civil del demandado. Cabe señalar que excepcionalmente y por disposición legal o contractual, dicha norma abre la puerta a concebir el hecho del damnificado desde la culpa, dolo o “cualquier otra circunstancia especial”.

En base a los términos del artículo 1729 del Código Civil y Comercial y no más allá de ellos, se concibe un concepto bastante amplio y con cierta vaguedad. Con lo cual, dentro de éste se pueden incluir determinados actos en los que interviene el damnificado con diferentes connotaciones jurídicas asignadas por el ordenamiento, los cuales se detallan seguidamente.

El hecho del damnificado, según las posiciones doctrinarias reseñadas, puede ser entendido como una condición adecuada del resultado dañoso, dentro del análisis de la relación de causalidad, que eventualmente será útil al demandado para eximir o atenuar su responsabilidad, pudiendo comprender actos voluntarios (con intención, discernimiento y libertad) o actos involuntarios (aquellos casos de inimputables –por ejemplo, menores de edad– carentes o con un precoz grado de madurez).

También quedarían incluidos dentro del hecho del damnificado aquellos actos negligentes, imprudentes o imperitos de los sujetos que resultaron dañados, por más que ellos no importen al ordenamiento, puesto que solo se trataría de un tema de causa y efecto sin ningún tipo de valoración subjetiva. Ahora, necesariamente para liberarse de responder se debería acreditar la culpa de la víctima cuando una disposición legal o contractual así lo exijan. En efecto, si existiera culpa exclusiva de la víctima liberaría de responsabilidad al presunto autor del daño. Sin embargo, la simple culpa de la víctima generaría responsabilidades concurrentes, de tal forma que debería determinarse con qué parte del perjuicio cargara el autor del daño y la víctima,

recibiendo esta última una indemnización disminuida o parcial en relación al menoscabo soportado.

En esta dirección, el derecho comparado ofrece sistemas para determinar el efecto jurídico que se adjudicará a la situación cuando exista concurrencia de culpas y/o causas: 1) el del todo o nada, en el cual la cualquier participación de víctima en la producción de su propio daño vedaba la posibilidad de una indemnización; 2) el de ponderar la incidencia causal de víctima y victimario en la producción del daño; 3) el de estimar la gravedad de las culpas de cada uno de los agentes en la producción del daño (para lo cual, sería útil, la graduación de las culpas prevista en el sistema romano); o 4) simplemente ante la imposibilidad de la aplicación de los sistemas 2 y 3, proceder a la repartición salomónica: cincuenta por ciento cada uno.

Por otra parte, dentro del hecho del damnificado resulta incluido el dolo directo, indirecto o eventual por parte de la víctima, cuyo efecto jurídico sin dudas es la eximición de responsabilidad del reputado autor del daño.

En este orden, la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro, conforme los parámetros del artículo 1719 del Código Civil y Comercial, no justifica el daño. Es decir, dicha asunción o exposición voluntaria no tiene valor normativo para justificar el daño que el damnificado padezca, salvo que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal, en cuyo caso eliminara o atenuara la responsabilidad.

VIII. Síntesis

En el origen de este trabajo, en relación a la culpa de la víctima se planteó el siguiente interrogante: ¿se incorporó al ordenamiento una excepción a la responsabilidad civil diferente a aquella establecida en el Código Civil de 1859?

Partimos de que hablar de la culpa de la víctima o del hecho de ésta, si bien pareciera ser una mera cuestión terminológica o de *nomen iuris*, no es menor, dado que escoger una u otra expresión, o ambas, tiene repercusiones en las reglas y los requisitos aplicables; además de provocar eventualmente una reorganización, desde la academia, de la enseñanza de la legislación, de la doctrina y jurisprudencia y, en particular, del sistema de eximentes que liberan de responsabilidad.

Para dar respuesta a la pregunta planteada, en una primera etapa fuimos al origen de nuestro sistema de responsabilidad civil: al derecho romano. Allí encontramos, en la época clásica, al delito privado conocido como *Damnum iniuria datum* contemplado por la *Lex Aquilia*. Concretamente, gracias al elemento relevado de las fuentes romanas conocido como *Iniuria*, desde la

sanción de la *Lex Aquilia* hasta la época de la compilación justiniana, pudimos apreciar la evolución jurídica de dicho elemento. Originariamente, la *Iniuria* en el plebiscito tenía el valor de una particular injusticia de la conducta, o, en otras palabras, de una conducta no justificada por el derecho, con presidencia de cualquier valoración subjetiva del accionar de la víctima. Posteriormente, dicho elemento fue reinterpretado por la jurisprudencia clásica en el marco de diferentes casos, dando lugar, ya en el siglo I a. C., al concepto de culpa. Para ser claro, la culpa evolucionó a partir de la labor de la jurisprudencia clásica concatenada al concepto romano de *iniuria* en el contexto del delito de *damnum iniuria datum*.

Ahora bien, en particular se infiere de los antecedentes traídos de la jurisprudencia clásica el significado del concepto “culpa de la víctima”: el lanzador de jabalina que mata a un esclavo que intempestivamente pasó por el campo de práctica; el cliente que confió en el barbero que realizaba su labor en un sitio público y peligroso, que le cortó la garganta con una navaja tras un golpe de una pelota; el esclavo que murió consumido por las llamas en el marco de un juego consistente en saltar sobre fuego, resultado de la paja incendiada en una fecha festiva, entre otros.

Estos episodios y otros que probablemente quedan pendientes por descubrir, muestran que, en el derecho romano, la culpa de la víctima siempre estuvo conectada a un reproche subjetivo, teniendo en cuenta el tiempo, lugar y contexto en que sucedieron los hechos, y como efecto liberar de responsabilidad al presunto autor del daño. Se le reprochaba a aquel que era causante de su propio daño el no haber adaptado su accionar a un modelo estándar de comportamiento ligado a la diligencia.

Por otra parte, es de sumo interés destacar, más allá de los casos mencionados, que un pasaje del Digesto resume la idea de la culpa de la víctima, y que además fue una nota directa de nuestro ex Código Civil en el artículo 1111, Pomponio en D. 50. 17. 203, refiere: “no se entiende que el que sufre daño por su culpa, sufre daño”. Incluso con la reforma de la Ley 17.711 estableció en el artículo 1113 del Código Civil, segunda parte, segundo supuesto, la posibilidad de liberar al dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa acreditando la culpa exclusiva de la víctima.

Con posterioridad la doctrina y jurisprudencia mayoritaria prefirió referirse al hecho del damnificado y no a la culpa, ya que en el ámbito de la relación de causalidad hay que contraponer causa contra causa, de modo que el hecho de la víctima sería una de las tantas causas ajenas que interrumpe el nexo causal, sin entrar a analizar la faz subjetiva de la conducta del damnificado.

Aparentemente, el artículo 1729 del Código Civil y Comercial adoptó la idea plasmada en el párrafo anterior estableciendo que: “la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en

la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que deba tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier circunstancia especial”.

Sin embargo, si bien se circunscribe el accionar de la víctima en el estamento de la relación de causalidad, donde la valoración subjetiva no cabe, se confunde de la institución cuando la misma norma dice que excepcionalmente se exime de responsabilidad cuando la ley o el contrato dispongan que deba tratarse de la culpa. Se confundiría las cuestiones puramente fácticas de eficacia causal con el reproche subjetivo de la víctima.

Por otro lado, parte de la doctrina civilista argentina sostiene que el hecho del damnificado como causal de exoneración de responsabilidad debe reunir los extremos del caso fortuito. Ahora bien, desde el tenor literal de la ley no se exigen tales extremos, aunque sí para el hecho del tercero ajeno por el cual no se debe responder, de manera que, y *a contrario sensu*, cuando la ley distingue hay que distinguir.

Así las cosas, al igual que sucedió con el elemento *iniuria* —y su evolución gracias a la jurisprudencia clásica romana—, no será casual ni extraño que, con el paso de los años, en esta sociedad de ritmo acelerado y cambiante, de seguir la corriente causalista, el hecho del damnificado pudiera quedar subsumido en el *casus*, es decir, en un hecho jurídico que libera de responsabilidad por sus vetas de imprevisibilidad e inevitabilidad.

Igualmente, se aprecia la ausencia de un concepto claro y preciso del hecho del damnificado en todo el Código Civil y Comercial, lo que no se ve reflejado en otras instituciones que cuentan con sus propias definiciones. Al parecer será la jurisprudencia, al igual que en Roma, la que le terminará por dar precisión jurídica a dicho término.

Más allá de las críticas esbozadas, resulta llamativo en un Código protectorio de los más vulnerables, la actual facilidad para el autor del daño —incluso en casos de responsabilidad objetiva— para eximirse de responsabilidad.

No es que resulte fácil acreditar en el ámbito de la causalidad, que el hecho de la víctima es la causa adecuada del resultado dañoso. No obstante, ello es mucho más cómodo en comparación a exigirle al reputado dañador que para liberarse de responder no solo tiene que probar la ruptura del nexo causal, sino que ello se vincula directamente con la culpa del damnificado, el cual no habría alcanzado el estándar de diligencia requerido por el ordenamiento.

Pues bien, introducir el hecho del damnificado para dar solución a otros problemas dogmáticos, que podrían resolverse de otra manera, significa desconocer la evolución jurídica que ha tenido nuestro derecho dirigida a la protección de las personas dañadas.

En definitiva y para concluir, gracias al derecho romano logramos una profunda comprensión de la evolución jurídica de la institución analizada, lo cual permite afirmar, como decía el profesor Andrea Wacke, que no es un depósito

de curiosidades, ni un gabinete de objetos raros cubiertos por el polvo de los siglos, sino una disciplina cuyas reglas atemporales, sólidas y a la vez flexibles, permite apreciar, y entender instituciones tan actuales como la que fue objeto de este trabajo.

Bibliografía

Alterini, J. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. 2º edición. Tomo VIII. La Ley On line.

Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9º edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Catresana, A. (2001). *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*. 1º edición. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca.

García del Corral, I. (trad.) (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas Editor.

Iglesias, J. (1997). *Derecho Romano*. 14º edición. Madrid: Ariel.

Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial comentado*. Tomo XVIII. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Peña Guzmán, L. y Argüello, L. (1966). *Derecho Romano*. Tomo II. Buenos Aires: Tea.

Pizarro, D. y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones Tomo 3*. Buenos Aires: Hamurabi SRL.

San Martín Neira, L. (2014). “La reducción del resarcimiento de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas”. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 27, julio-diciembre de 2014.

Sánchez Hernández, L. (2016). “De la culpa de la *lex aquilia* del derecho romano al principio de responsabilidad por cual en el derecho civil colombiano”. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 30, enero-junio de 2016.

Sánchez Herrero, A. (2016). *Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. La Ley On line.

Solarte Rodríguez, A. (2015). “La reparación in natura del daño”. Estudios de doctorado en la Universidad de Salamanca, 11 de mayo de 2015.

Wacke, A. “Accidentes en deporte y juego según el Derecho romano y el vigente derecho alemán”. Universidades de Barcelona y Madrid. Traducido al español por el profesor Juan Miquel González de AUDICANA.

Wierzba S., Meza, J. y Meza J. C. (dir.) (2017). *Derecho de Daños. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Hammurabi SRL.

Justicia y equidad, una relación de género y especie.

Su origen en la *aequitas*

Por Marilina Miceli⁵⁴⁸ y Leticia Núñez⁵⁴⁹

Resumen

La justicia, como valor general y permanente, es uno de los principios generales del derecho. A ella recurre el legislador cuando quiere establecer un estatuto normativo programático y también el operador jurídico en la búsqueda de soluciones a las controversias planteadas.

⁵⁴⁸ Abogada egresada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora Universitaria y Doctora en Derecho, Secretaria Técnica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Coordinadora de la Red de Universidades Americanas para el Fortalecimiento de la protección Jurídica de la Persona Humana. Docente de UBA, UAI, Kennedy, y de la Diplomatura en Historia y Estrategia de UAI. Directora de la Carrera de Martillero Público, Corredor y Administrador de Consorcios de UAI. Investigadora en formación de la Facultad de Derecho de la UBA. Co-directora del equipo de investigación sobre la pervivencia del Derecho Romano de UAI. Docente de la Maestría de Derecho Administrativo de UAI e invitada en el Doctorado de Derecho de la Universidad Kennedy.

⁵⁴⁹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora Jefe de Trabajos Prácticos Regular y Profesora Adjunta Interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de UBA. Profesora Adjunta de Derecho Romano de la Facultad de Derecho y Cs Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Isidro (USI). Miembro Permanente y Vocal Titular de la Asociación de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA). Miembro Permanente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM). Miembro del Seminario Permanente sobre Investigación de Historia e Instituciones del Derecho

La historia de las ideas jurídicas, políticas y morales enseña que los hombres han forjado siempre ideales de justicia. En su especie, la equidad se presenta como la aplicación de justicia al caso concreto, existiendo una relación de género a especie.

Considerando que es el derecho romano quien fundamenta el principio de equidad, que pervive hasta nuestros días, el presente trabajo se focaliza en la *aequitas* y su relación con la concepción jurídica actual.

Palabras clave: Justicia; equidad; *iuatitia*; *aequitas*; derecho romano; derecho vigente

I. Introducción

La justicia, como valor general y permanente, es uno de los principios generales del derecho. Algunos autores indican que es su valor central.⁵⁵⁰ A ella recurre el legislador cuando quiere establecer un estatuto normativo programático y también recurre el operador jurídico en la búsqueda de soluciones a las controversias planteadas.

La historia de las ideas jurídicas, políticas y morales enseña que los hombres han forjado siempre ideales de justicia, ya sea que se lo presente bajo esta misma y estricta denominación, o bien como programas de gobierno, demandas, reformas o sustitución de la realidad vigente. En su especie, la equidad se presenta como la aplicación de justicia al caso concreto, es decir que existe una relación de género a especie que produce que esta última cobre, en el plano concreto, la misma importancia que aquella y que solo puede concretarse por la sumatoria de equidades o igualaciones fácticas dentro de una sociedad dada en un tiempo determinado.

Romano en el marco del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de UBA. Investigadora en Formación de la Secretaria Legal y Técnica de la Facultad de Derecho de UBA. Miembro Activo de Proyectos DeCyT 2010/12 – 2012/14 y Proyecto Institucional 2017/2018 de la Facultad de Derecho de UBA. Miembro del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Miembro de la Schola Serviana Iuris Romani. Investigadora del equipo sobre "La Pervivencia del Derecho Romano" de UAI. Autora y co-autora de diversas ponencias y publicaciones en la especialidad de derecho romano tanto en Argentina como en el extranjero.

⁵⁵⁰ Ver *Teoría Ecológica*, de Carlos Cossio, en cualquiera de sus ediciones; ver también "Teoría de los Valores concéntricos," de Ricardo Ginés García, en *Fundamentos del Derecho* (Editorial Parábola o Lectio según los años de edición).

Considerando que es el derecho romano quien fundamenta el principio de equidad que pervive hasta nuestros días, el presente trabajo se focaliza en la *aequitas*, su evolución y aplicación en el transcurso del tiempo y su relación con la concepción jurídica en el derecho actual.

II. Origen y evolución de la *aequitas* en Roma

Consideramos oportuno, primeramente, que es preciso determinar los distintos significados etimológicos del término *aequitas* para poder desentrañar mejor su sentido o significado. Puede entenderse como ley natural que nos impulsa a obrar con los otros como desearíamos que obren con nosotros. Aquí la idea de reciprocidad se hace evidente, su enfoque, desde el punto de vista de quien la vivencia se relaciona mucho con el obrar debido colocándose en el lugar del otro en relación a la ejecución de la conducta esperada “*Aequitas naturalis*”. Desde un punto más normativista “*Aequitas civilis*” es el concepto de equidad en razón al sentido recto de las normas del derecho positivo.⁵⁵¹

En la antigüedad la equidad se configuró efectivamente como una fuente del derecho romano cobrando mayor protagonismo recién en la República, cuando representando los principios superiores de lo justo aplicados a un caso concreto, habilitaba incluso al operador jurídico, el magistrado, a apartarse del derecho positivo en situaciones en que de aplicarlo resultaba más injusto que seguirlo. Por lo tanto el juzgador se encontraba autorizado a recurrir a principios de justicia superiores a la regla positiva, estimando lo que según su razón era conveniente aplicar al caso.⁵⁵²

La facultad creadora del operador, como fuente del derecho basado en la *aequitas*, se encuentra expresada en un aforismo romano que explica su rol, indicando que la equidad cumplía, en primer término, una función complementaria de la ley existente o de la ley faltante y de las lagunas del derecho: *Quum iure deficiamus, aequitas prae oculis abenda est* (cuando seamos abandonados por la ley, la equidad debe ser tenida a la vista).⁵⁵³

Es preciso destacar que los romanos, desde un inicio, no comprendieron con la voz *iustitia* lo que en tiempos actuales se califica como justicia objetiva, es decir, el derecho en su objeto y esencia. Usaron, inicialmente, el vocablo *aequitas*, que etimológicamente significa equidad, igualdad como

⁵⁵¹ Keegan, M. (2012). *Diccionario de Derecho Romano*, p. 22.

⁵⁵² Keegan, M. (2012). *Diccionario de Derecho Romano*, p. 50.

⁵⁵³ Cabanellas de Torres, G. (2007). *Diccionario de Derecho Romano y Latinos Juridicos*. Buenos Aires: Heliasta, p. 355.

modelo al que debe acomodarse el derecho, la finalidad que debe cumplir el ordenamiento jurídico para que sus normas no sean inicuas, contrarias a lo justo, que es con el paso del tiempo que se discurre el desprendimiento de una y otra acepción.⁵⁵⁴

Como dijera Di Pietro, la *aequitas* tuvo dos significados. En las épocas preclásica y clásica equivalía a justicia, valor ideal al que tiende y con el que se justifica la norma. Por el contrario, en la época justinianea se impregnaba a la equidad de nuevas concepciones más relacionadas con el advenimiento del cristianismo tales como la caridad, benevolencia y benignidad. Expandiéndose así, aparece como un criterio extra jurídico al margen y contrapuesto a la rígida norma positiva.⁵⁵⁵

En este sentido los romanos concibieron a la “*aequitas*” como una virtud general del hombre de Estado. En la época clásica la “*aequitas*”, como ideal de justicia, era la aspiración de toda norma jurídica. La norma que no respondía a este ideal originaba una antítesis entre lo “*iustum*” y lo “*aequum*”. Por eso y para evitar las injusticias, fueron los pretores quienes, fundados en la equidad, introdujeron interpretaciones más ajustadas a la realidad y a los ideales sociales vigentes que pudieran responder mejor a las circunstancias de cada caso particular, cubriendo en algunas ocasiones, incluso, la ausencia de regulación normativa, suponiendo en todas las circunstancias una innovación con arreglo al “*ius civile*”, incorporada en atención a las exigencias de justicia del caso concreto (Bonfante, 1959: 8).

En la época postclásica, como dijéramos, por la influencia del cristianismo la *aequitas* asume un contenido más acorde con el de *humanitas* (humanidad). Ambas se emplearon como sinónimos “*pietas*”, “*benignitas*”, “*charitas*”, “*clementia*” (piedad, benignidad, caridad, benevolencia, clemencia) con el significado de indulgencia general. Con respecto a las circunstancias del caso apreciadas por el juez, vale decir, con el sentido de que era necesario suavizar el exceso de rigorismo en la interpretación y aplicación del derecho (Arguello, 1976: 10).

En resumen, como dice Paulo: “Si bien no todo lo lícito es honesto (“*Non omne quod licet honestum est*”). Digesto, 50. 17. 144, “Ciertamente que en todos los casos, pero principalmente en los de derecho, se ha de tender a la equidad”. Por ello, en Institutas 1. 1. 3 se deja en claro que, durante el periodo clásico, el pretor, a través de sus edictos anuales y del recurso a la equidad

⁵⁵⁴ Arguello, L. (1988). *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 3ª edición corregida. Buenos Aires: Astrea, p. 9.

⁵⁵⁵ Di Pietro, A. y Lapieza Elli, A. (2010). *Manual de Derecho Romano*. 5ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 13.

(*aequitas*), realizó una función adaptadora del núcleo del *ius civile* a las exigencias éticas y políticas de la sociedad.⁵⁵⁶

Cuenta la historia que uno de los más sabios príncipes, el emperador Antonio Pío, estando en su lecho de muerte y sintiendo que había llegado su último momento, se volvió y dirigiéndose al tribuno de servicio, pronunció una sola palabra en la que condensó todo su testamento político: “*aequanimitas*” (ecuanimidad). Es por ello que podemos decir que como virtud de los pretores y jurisconsultos, la equidad presidió y condicionó la formación y permanente evolución del derecho romano.⁵⁵⁷

III. Derecho de justicia y equidad en la actualidad

Roque Barcia, en su libro de sinónimos, establece una relación entre derecho, justicia y equidad, comprendiendo que el derecho es una ciencia, la justicia una virtud y la equidad un hecho, siendo la primera parte de la razón o el raciocinio, la segunda parte de la conciencia, estrato espiritual valorativo y la tercera parte de la conducta humana por lo que, intelecto, ética moral y comportamiento se encontrarían trasvasados por estos tres ámbitos de relación, es decir, justicia es un valor al que aspira todo sistema de derecho estableciéndose una relación con la equidad de género a especie donde la equidad responde al buen obrar de un hombre recto.

Si entendemos entonces que la justicia es su género y la equidad su especie, no podemos conceptualizar esta última si al menos no conceptualizamos genéricamente la primera.

Diversos doctrinarios han intentado significar a la justicia como valor central al que debe aspirar todo sistema jurídico. Sin embargo y a pesar de los diferentes enfoques que pudieran brindarse, todas las teorías modernas sobre justicia comparten una serie de elementos que la definen y demarcan.

En primer lugar, todas parten del principio moral de que todo el mundo se merece igual consideración o respeto, en donde la igualdad forma parte de una justicia social imperante por oposición a una justicia subjetiva e individual.

Las teorías más igualitaristas como la de Rawls o Van der Veen consideran que los individuos deben partir de una situación inicial en la que se produce la distribución de recursos incluso, aunque ello implique la intervención del

⁵⁵⁶ Perez Luño, A. (2016). *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. 15ª edición. Madrid: Tecnos, p. 110 y 111.

⁵⁵⁷ García, R. (2008). *Fundamentos del Derecho*. 2ª edición ampliada. Madrid: Lectio Ediciones, p. 106 y 107.

Estado. Las menos igualitaristas como Nozick equiparan las oportunidades de manera más difusa a una situación originaria en la que nada pertenece a nadie y también hacen mención al rol estatal como corrector distributivo del producto social.

Uno de los autores más destacados dentro de la ciencia moderna es Hans Kelsen. Para el austríaco, la justicia podía ser comprendida en dos sentidos, una como virtud y otra como característica del orden social. Kelsen pone énfasis en el análisis de esta última y manifiesta que todas las interpretaciones que de la justicia se hagan serán subjetivas. De hecho el autor, en su ensayo “¿Qué es la justicia?”, parte de la conceptualización romana, concluyendo que la justicia se realiza en la felicidad social.

En un mismo sentido, expresa Bentham, lo justo sería la mayor felicidad posible del mayor número posible de personas, mientras que Ciuoro Caldani acepta como principio supremo la posición de Werner Goldschmidth en el sentido de adjudicar a cada ser humano la esfera de libertad necesaria para que pueda desarrollarse plenamente.

Bobbio la define como “el conjunto de los valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que sabemos darle el nombre de derecho”. Ross expresa, la justicia “delimita y armoniza los deseos, pretensiones e intereses en conflicto en la vida social de la comunidad” y, por tanto, “ella equivale a una demanda de igualdad en la distribución o reparto de las ventajas y cargas” que ofrece e impone la vida en común.

El utilitarismo dirá que la justicia es un beneficio de carácter social, mientras que el libertarismo efectuará un análisis de relación con los derechos personales que tienen todas las personas.

Al igual que en Roma y como lo indicara Ulpiano, la justicia es un valor que se aplica de manera cotidiana en la solución de controversias para mantener o sostener una realidad igualitaria que requiere de la contemplación de diferentes; esto es la aplicación de justicia al caso concreto, es decir equidad, “*aequitas*”.

Es precisamente por ello que John Rawls realiza, como Roma en sus comienzos, un análisis de la justicia como equidad, en donde la sociedad se somete a un acuerdo de imparcialidad más allá de la diferencia de sus integrantes en donde solo se requiere sentido de justicia y concepción del bien tomando algunos requisitos de mínima tales como facultades morales que le permitan a los individuos participar cooperativamente de la vida en sociedad.

En su concepción se visualiza la idea de una justicia imparcial por la cual cada persona tiene el mismo derecho adecuado a las libertades básicas del esquema social en donde frente a una desigualdad, se buscan condiciones equitativas de oportunidades en beneficio de los menos aventajados.⁵⁵⁸

Ricardo Ginés García hace referencia a la justicia como ideal social y a la jus-

ticia en la administración de justicia, a la que denomina equidad, entendiendo que esta misma se encuentra “en el ejercicio o desempeño de la función propia del órgano jurisdiccional y consiste en resolver con justicia el caso particular aplicando para ello la norma general”.⁵⁵⁹ Esto habilita al operador a recurrir, de ser necesario, a una concepción de equidad reparadora o humanizante apartada de la norma positiva que, de ser aplicada, causaría más daño que justicia.

La igualación de libertades podemos observarla en nuestro sistema jurídico, por ejemplo, en la Carta Magna, en sus artículos 16 y 75, incisos 2 y 19, párr. 3. En el primer caso se toma a la igualdad como base del impuesto; en el segundo refiere al desarrollo, la calidad de vida y concretamente a la igualdad de oportunidades en todo nuestro territorio nacional, norma fundante de todo el ordenamiento jurídico del cual derivan las inferiores y que guardan, por esta razón, relación con el principio objeto el presente.

IV. Conclusión

No seríamos justos si olvidáramos que la *epieikeia* pone en ejercicio la prudencia de quien juzga el caso concreto, permitiéndole introducir modificaciones más beneficiosas que la justicia legal. Y es éste el sentido que los romanos toman y amplían en el derecho honorario extendiéndolo a otros ámbitos de la vida, incluyendo posteriormente un trasfondo ético-moral ya sea religioso o social con el advenimiento de la cristiandad. Es decir, una *epieikeia* ampliada y trasmutada a sus valores sociales vigentes que, como principio evolutivo, se readapta a nuestros días sin perder su esencia.

Es decir, si bien no todo lo lícito es honesto (“*Non omne quod licet honestum est*”), “ciertamente que en todos los casos, pero principalmente en los de derecho, se ha de tender a la equidad” (D. 50. 17. 144).

V. Bibliografía

Argüello, E. (1976). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Astrea.

Bonfante, P. (1959). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus.

⁵⁵⁸ Cuchumbé Holgín, N. (2003). *Revista Criterio Jurídico* N° 3. Santiago de Cali, Colombia, ISSN 1657-3978, pps 7-33.

⁵⁵⁹ Ginés García, R. (2007). *Fundamentos del Derecho*. Buenos Aires: Parábola, p. 110.

Carnelitti F. (1956). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Editorial RDP.

Costa, J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Ginés García, R. (2007). *Fundamentos del Derecho*. Buenos Aires: Parábola.

Iglesias, J. (1953). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires: Ariel.

Mouchet, C. y Zorroaquín Becú, R. (2000). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Palacios, J. (2009). *Léxico Institucional Romano*. Buenos Aires: Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires.

Peña Guzmán, L. y Argüello, L. (1962). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial TEA.

Ponssa de la Vega de Miguens, N. (1984). *Manual de Historia del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial LEA.

La costumbre como fuente del derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Laura Liliana Micieli,⁵⁶⁰ Adrián Gustavo Vedia⁵⁶¹
y Yamila Fuentes Francis⁵⁶²

Resumen

Continuando con nuestro interés de demostrar la pervivencia del derecho romano en el articulado de nuestro Código Civil y Comercial, que atento al tiempo que tiene de vigencia no está trabajado por los romanistas en su totalidad, hemos seleccionado este aforismo del derecho romano que se podría entender como un principio jurídico y que corresponde a Paulo en D. 1. 3. 37 que literalmente dice: “Si se tratara de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero, de qué derecho habla usado antes la ciudad en semejantes casos; porque la costumbre es el mejor intérprete de las leyes” (“*Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo*”). Paulo, en este fragmento, nos plantea algunas cuestiones de interés para comprender el concepto de costumbre y la contundencia de la misma para la interpretación de las normas.

⁵⁶⁰ Profesora Titular de Derecho Romano (Universidad Nacional de La Rioja).

⁵⁶¹ Profesor Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Romano (Universidad Nacional de La Rioja).

⁵⁶² Profesora Auxiliar de Derecho Romano (Universidad Nacional de La Rioja).

La costumbre, denominada en la terminología jurídica *mos*, *moresmaiorum*, *morescivitatatis*, *bonimores*, *consuetudo*, ha sido fuente del derecho en el devenir de la historia del derecho romano. Sin embargo, la trascendencia de la misma frente a la aparición y desarrollo del derecho escrito fue variando conforme al momento histórico en que nos posicionemos.

Palabras clave: Costumbre; fuente del derecho; derecho romano, Código Civil y Comercial

Sumario

I. Introducción; II. Evolución de la costumbre como fuente del derecho romano; II. a) *La costumbre en la época arcaica y preclásica*; II. b) *La costumbre a partir de la época clásica hasta el periodo justiniano*; III. El Código Civil y Comercial de la Nación y el rol de la costumbre para subsanar las lagunas normativas y efectuar la interpretación legal del derecho vigente; IV. Casos jurisprudenciales en los cuales se utilizó el uso y la costumbre para la resolución de la causa; V. Conclusión; VI. Bibliografía.

I. Introducción

Durante los primeros siglos de su historia, la costumbre fue la fuente más importante de derecho en el ámbito del derecho privado. La sólida estructura de la familia romana, el respeto a unas creencias y tradiciones ancestrales permitieron que, durante mucho tiempo, el poder público se mantuviera al margen de realizar una labor legislativa.

Esta situación variará cuando la crisis ética y de valores sociales, unida al profundo cambio en el sistema político, provoque que el *ius scriptum* adquiriera su supremacía sobre la costumbre como fuente del derecho, llegando a asimilarse a la idea que de ella tenemos actualmente en nuestro derecho positivo.

Ahora bien, para la etapa más antigua del derecho romano, cuando la sociedad estaba estructurada en un sistema de gentes, donde la familia agnaticia era su núcleo fundamental y el mundo religioso impregnaba la vida pública y privada de los romanos, la costumbre era la principal fuente de regulación de los conflictos de carácter privado. Por ello, el término *mos*, *mores*, venía especificado con la expresión *mores maiorum*; esto es, como los usos y las costumbres que provenían de los antepasados de cada familia y que, transmitiéndose de generación en generación, llegaron a consolidarse como *mores civitatis*.⁵⁶³ Junto a ellos, aunque de aparición posterior, la palabra *consuetudo* viene a

enriquecer esta terminología. Así Juliano dirá de ella, en D. 1, 3, 32, 1, que se guarda como ley la costumbre inveterada, siendo éste el derecho que se dice establecido por la costumbre: *Inveterada consuetudo pro lege non immeritocustoditur, et hoc estius, quoddiciturmoribusconstitutum*.

Desde nuestro punto de vista, podemos decir que durante el período histórico que va desde el origen del derecho romano hasta la llegada de Octavio al poder, los términos *mores maiorum*, *mores civitatis*, representaron un momento histórico en el que la costumbre fue la principal fuente del derecho privado, mientras que el término *consuetudo* representa la etapa histórica en la que la costumbre adoptó un papel secundario frente al protagonismo de la norma escrita (*ius scriptum*) y que, aunque la mayoría de los autores la concreta en la época postclásica, no cabe duda que este proceso de decadencia se inició desde el propio período clásico. Por otro lado, también consideramos que dentro del primer período histórico, esto es, desde la época más antigua del derecho romano hasta la aparición de Octavio a finales del siglo I a. C., hay que distinguir dos etapas. La primera, coincidiendo con el pleno apogeo del carácter agnaticio de la familia romana, donde cualquier conflicto jurídico de derecho privado se resolvía por el *paterfamilias* y dentro del propio seno familiar. Tomando aquí la costumbre el contenido de ser los *mores maiorum*, esto es, las costumbres de los antepasados familiares que se transmitían oralmente de generación en generación y teniendo el carácter de ser la principal fuente de regulación. La segunda etapa se iniciaría en el siglo III a. C., coincidiendo con el comienzo de un cierto intervencionismo estatal en el ámbito familiar, como resultado de la propia evolución de la familia hacia un carácter más cognaticio. Por lo tanto, aunque la costumbre sigue siendo la principal fuente del derecho privado, ahora no solo se habla de *mores maiorum* sino más bien de *mores civitatis*, idea que intentaremos desarrollar a lo largo de este trabajo.

⁵⁶³ Cfr., entre otros, Kaser, M. (1939). *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, ZSS, 59, p. 52 ss.; Orestano, R. (1940). *Dallus al fas*, BIDR., 46, p. 194 ss.; Noailles, P., *Fas et Ius. Etudes de Droit* 5 Cfr., Gayo, Inst., I, 2.: *Constantia utem iura populi Romani ex legibus, plebiscites, ...*; Vid., Iglesias, J. (1989). *Las fuentes del Derecho romano*. Madrid, p. 23 ss. romain, Paris (1948), p. 23 ss.; Volterra, E. (1949). *Sui mores della familia romana*, Rendiconti Accademia Nazionale dei Lincei, ser., 8ª, IV, p. 516 ss.; Torrent, A. (1982). *Derecho público romano y sistema de fuentes*. Oviedo, p. 111 ss.; Fernández de Buján, A. (2000). *Conceptos y dicotomías del Ius*, *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes*, coordinado por Alfonso Murillo Villar, Tomo I, Universidad de Burgos, p. 253 ss.

II. Evolución de la costumbre como fuente en el derecho romano

II. a) La costumbre en la época arcaica y preclásica

Así las cosas, como antes hemos señalado, el período histórico en el que la costumbre fue la principal fuente del derecho privado abarca desde los orígenes de Roma, en el siglo VIII a. C., hasta finales del siglo I a. C., coincidiendo con la llegada de Octavio al poder. La razón de ello es el escaso número de *leges* que surgieron regulando materias de derecho privado. Esto puso en evidencia, por un lado, el escaso intervencionismo del órgano público y, por otro, la fuerza y autonomía que ejerció la familia romana para resolver en su seno cualquier conflicto jurídico de derecho privado que surgiera entre los particulares. Prueba de ello es que si hacemos un repaso rápido a la legislación o derecho escrito que surgió en todo este período histórico de casi ocho siglos, podremos apreciar que son muy escasas las referencias a instituciones de derecho privado.⁵⁶⁴

Efectivamente, en la realidad primitiva de Roma como en todos los pueblos del Mediterráneo, las primeras manifestaciones de orden jurídico se producen por medio de esquemas religiosos. Intentar separar lo jurídico de lo religioso, solo se pudo alcanzar cuando comenzó a producirse el fenómeno de la laicización del derecho. De ahí que Mommsen⁵⁶⁵ pusiera de manifiesto la diferencia entre la época monárquica y la republicana; esto es, mientras en la primera el poder civil y religioso se concentra en las mismas manos, en la segunda comienza a producirse una separación. Por tanto, las *legesregiae* prescribieron no ya deberes civiles, sino religiosos cuya trasgresión requeriría un *piaculum* o *sacer*.

Iniciada la época republicana, surge la *Lex XII Tabularum* y, aunque en palabras de Tito Livio (III, 34, 6) fueron recordadas como *fonsomnis publici privatique iuris*, el protagonismo de la costumbre como fuente del derecho no perdió su fuerza. De ahí que la mayoría de los autores las consideren como el intento de plasmar por escrito un conjunto de *mores maiorum* imperantes.⁵⁶⁶ Sin embargo, a diferencia de las *legesregiae*, la Ley de las XII Tablas marcará un hito importantísimo en la evolución de la costumbre como fuente del derecho. La materialización en norma escrita de muchos usos y costumbres

⁵⁶⁴ Cfr., Rotondi, G. (1912). *Legespublicae populi romani*. Milano, reimp. Hildesheim (1962), p. 201 ss.; ID., *Scrittigiuridici, I, Studisullastoriadellefonti e suldirittopubblico romano*, Milano (1922), p. 43 ss.; Talamanca, M. (1979). *I mores edildiritto. Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, p. 36 ss.

⁵⁶⁵ Mommsen, T. (1893). *Manuel des Antiquitésromaines*. V. III. Paris, p. 46 ss.

familiares implicó elevar a *mores civitatis* muchos *mores maiorum*. O lo que es lo mismo, extraer de la hermética familia romana costumbres privadas de sus antepasados y elevarlas al reconocimiento general de toda la sociedad como *mores civitatis*. Pues, como dijera Quintiliano, *Inst. orat.*, 12, 3, 7, tan cierto es el derecho expresado en disposiciones escritas como el de los *mores civitatis: quaescriptasunt aut posita in more civitatis, nullam habent difficultatem, cognitionis untem...*

A partir de este momento, esta legislación sirvió de base para el desarrollo del *ius civile* por parte de la labor interpretadora de los jurisconsultos, tal y como nos informa Pomponio, D. 1, 2, 5, cuando nos habla sobre el origen del derecho y, concretamente, las consecuencias que desencadenaron la legislación decemviral: “*His legibus latiscœpit, ut naturaliter eveniresolet, ut interpretatio desideraret prudentiauctoritatenecessariamessedisputa tionem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut cetera partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus; sed communi nomine appellatur ius civile*”.

Sin embargo, la costumbre no perdió su protagonismo porque, como podemos leer en este texto, la *interpretatio* de los juristas no siempre se materializó en derecho escrito y no por ello dejó de ser parte del *ius civile*. De hecho, hasta el siglo III a. C. encontramos que la legislación comicial es muy escasa regulando materias de derecho privado, lo que significa que durante mucho tiempo la organización familiar fue la sede suficiente para la solución de conflictos jurídicos que se dieran entre los miembros de su grupo o con los de otros grupos familiares.

En definitiva, hasta este momento histórico la costumbre siguió teniendo su protagonismo como fuente principal del derecho frente a la norma escrita. Y la organización de la *civitas* no se vio en la necesidad de regular exhaustivamente las conductas de sus ciudadanos porque contaba con *paterfamilias* para ese cometido y con el *consilium domesticum* para realizar sobre él un cierto control.

⁵⁶⁶ Cfr., entre otros, Baviera, G. (1925). *Contributo critico alla storia de la lex duodecim tabularum*, *Scritti Perozzi*, Napoli, p. 3 ss.; Solazzi, S. (1955). *La questione dell' autenticità delle Docitavole*, *Scritti di diritto romano*. I. Palermo, p. 83 ss.; Riccobono, S. (1957). *La Lex XII Tabularum*, *Scritti di diritto romano*. I. Palermo, p. 253 ss.; Bonfante, P. (1958-59). *L'autenticità legislativa delle XII tavole, apéndice I de la Storia del diritto romano*. II, reim., Milano, p. 83 ss.; Crifo, G. (1972). *La leggedelle XII tavole. Osservazioni e problemi, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt I: von den Augängen Roms bis zum Ausgang der Republik*. 2. Recht, Berlin–New York, p. 115 ss.; Torrent, A., *Derecho público romano y sistema de fuentes*, op. cit., p. 120 ss.; Ortega Carrillo de Albornoz, A. (1988). *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*. Málaga, p. 18 ss.

Esta situación continuará todavía cuando se inicie el período republicano, aunque con la novedad de que a partir de la publicación de la *Lex XII Tabularum* se acudiría a la costumbre si cualquier comportamiento no estaba regulado por esta ley o por otra que se aprobase en las asambleas comiciales. Con todo, la costumbre siguió siendo la principal fuente del derecho privado porque la actividad comicial en este ámbito del derecho fue muy inferior respecto al derecho público. Sin embargo, la entrada de un nuevo sistema político, como fue la República, sí iba a mostrar ciertas novedades que provocarían la evolución de la costumbre como fuente del derecho, es decir, además de ser los usos y costumbres de la familia (*mores maiorum*), se ampliarían también como usos y costumbres de toda la sociedad (*mores civitatis*). No se trata de que un tipo de costumbre sustituya a la otra, sino que ambas convivan y se complementen para dar respuesta a una sociedad en donde la convivencia, a lo largo de esta época republicana, no se limita a los ciudadanos romanos (*cives*), sino a otros que disfrutaban de un *status civitatis* diferente: latinos y peregrinos, portadores de sus propias costumbres, usos sociales y culturales que, con el tiempo, llegarían a refundirse con los genuinamente romanos.

II. b) La costumbre a partir de la época clásica hasta el periodo justiniano

Sin embargo, un cambio importante se aprecia a partir del siglo III a. C. Concretamente, el fenómeno de la expansión territorial por el que se ve empujado el pueblo romano —si quiere convertirse en un gran imperio— lo conducirá, entre otras cosas, a un proceso de apertura e integración no solo de personas, sino de culturas y de modos de vida diferentes. Así, nos encontramos junto a las antiguas familias romanas, otras muchas de origen diverso que comenzarán a conformar una nueva sociedad. Y, muy pronto, ello se dejaría sentir en el ámbito jurídico, en el sentido de que la organización de la *civitas* tenía que comenzar a tomar nuevas medidas para controlar si dichas costumbres (*mores maiorum*, *mores civitatis*, *boni mores*) seguían o no siendo respetadas por medio de la eficacia de la *cura morum* que, hasta el momento, había realizado el censor. Y es que un cambio significativo se aprecia en esta época: los censores comenzaban a verse desbordados en la realización de sus funciones porque la densidad de la población era mayor, en correspondencia con el incremento de territorio conquistado en esta etapa de su historia. Un suceso muy representativo de esta situación —y que puede servir como ejemplo— es el relatado por Tito Livio cuando nos dice que, por iniciativa de los censores Marcus Livius Salinator y Claudius Nero, en el 204 a. C. durante la Segunda Guerra Púnica, acordaron enviar funcionarios al campo de batalla para que tomasen declaración a los soldados

—por la imposibilidad de éstos de presentarse ante el censor— y, basándose en tales declaraciones, confeccionar el censo,⁵⁶⁷ lo que implicaba en muchos casos una falta de rigor en la veracidad de los datos recopilados y, por otro lado, en no poder controlar sobre dichos ciudadanos la *curamorum*.

La crisis del propio sistema republicano contribuirá a que se acelere aún más el protagonismo del *ius scriptum* sobre los *mores*. Concretamente, el problema surge cuando la crisis de valores de la sociedad romana se traslada a la clase política y su poder, en vez de dirigirlo en velar por el bienestar social, se conduce hacia logros personales. Especialmente en el último siglo de la República se produce entre los políticos del momento una lucha inusitada, caprichosa y a veces violenta, por acaparar la atención necesaria que legitimara la ocupación —de manera irregular— de determinados cargos con los que sus protagonistas justificarán el ejercicio de poderes extraordinarios.⁵⁶⁸ Por ello, cuando accede Octavio al poder aprovecha este clima sociopolítico para justificar la tarea legislativa que iba a emprender —mediante la *Lex Iuliae Papiae Poppaeae*— en la que, de manera muy directa, regularía materias de derecho privado en general y de derecho de familia y sucesorio en particular, y por la que se proclamaría en el custodio directo de los *mores maiorum*, mediante la *cura morum*, de forma parecida a la desarrollada por los censores, pero con la diferencia de imponer ahora el imperio de la ley sobre la costumbre e, incluso, modificándola si la situación lo requería. De ahí que las palabras de Juliano, en D. 1, 3, 20, sean muy representativas de la nueva situación que, con sucesivos emperadores, se consolidaría: “*Non omnium, quae a maioribus constitutasunt, ratio reddipotest*”.

Así las cosas, esta nueva situación afectará muy directamente en la consideración que hasta el momento se tenía sobre la costumbre como fuente del derecho. Ahora no se limitará a expresar los usos y tradiciones de los antepasados transmitidos de generación en generación, sino que tendrá junto con la *lex* —pero distinta a ésta— la consideración de fuente del derecho que nace de la *natura*, es decir, de la opinión generalizada de toda la sociedad, o bien de la *vetustas*, esto es, de los usos y tradiciones antes mencionados.

⁵⁶⁷ Tito Livio, Ab. Urb. cond., XXIX, 37, 5-6: *Lustrum conditum serius quia per provincias dimiserunt censores ut civium Romanorum in exercitibus quantus ubique esset referretur numerus. Censa cum iis ducenta quattuordecim milia hominum. Condidit lustrum C. Claudius.*

⁵⁶⁸ La dictadura de Sila (82-79 a. C.), la ejercida por Julio Cesar (49-44 a. C.), el consulado sin colega de Pompeyo en el 52, los poderes extraordinarios de los tres *virī rei publicae constituendae* conferidos a Lépido, Marco Antonio y Octavio por cinco años y renovados por otros cinco en virtud de la *Lex Titia* del 43, son algunos de los ejemplos en donde se aprecia la falta de respeto al significado de las magistraturas y, en consecuencia, atentando muy directamente contra los pilares del sistema republicano.

Desde el punto de vista terminológico, junto con las expresiones conocidas (*mores maiorum, mores civitatis, boni mores*)⁵⁶⁹ es usual hablar de ella mediante la expresión *consuetudo* que, aunque la opinión generalizada es la de considerar que tuvo su consolidación en época postclásica, sin embargo ya la podemos ver en muchas de las fuentes literarias de finales de la República y del Principado. Concretamente, en *Rhetorica ad Herennium* (siglo I a. C.) se hace un elenco de las distintas partes que se derivan del *ius* y mencionando a la *consuetudo* pero en ausencia de *leges*.⁵⁷⁰ Por otro lado, aunque la *consuetudo* como la *lex* se justifican y basan en la *voluntasomnium, vulgiadprobatio*, tal y como nos explica también Cicerón en distintos fragmentos,⁵⁷¹ sin embargo mientras la *lex* se manifiesta en la materialización expresa y directa de una norma escrita, la *consuetudo* no es más que el resultado de una tácita voluntad social. Además, la costumbre no se limita ya a las tradiciones típicamente romanas sino también en el respeto a las extranjeras. Así, por ejemplo, Cicerón nos relata la existencia de costumbres propias de la provincia siciliana y que Verres había violado en el ejercicio de su pretura.⁵⁷²

⁵⁶⁹ Cfr., entre otros, Torrent, A. *Derecho público romano*, op. cit., p. 112; Iglesias, J. *Las fuentes del Derecho Romano*, op. cit., p. 36 ss.; Fernández de Buján, A. *Conceptos y dicotomías del Ius*, op. cit., p. 258.

⁵⁷⁰ Auct. Ad Herenn., 2, 13, 19: ...ex quibuspartibusiusconstet, cognoverimus. Constatigitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequet bono, pacto. Natura iusest, quod cognationisautpietatis causa observatur... Legeiusest id, quod populi iussi sanctum est quod genus: ut in iuseas, cum voceris. Consuetudineiusest id, quod sine legeaeque, ac silegitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentariotuleris expensum, ab socio eius recte petere possis.

⁵⁷¹ Cicerón, *De inventione*, II, 22, 65 y 67: ...utrisque aut etiam omnibus, si plures ambigent, ius ex rebus constet, considerandum est, initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitate aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem ad probata quaedam a consuetudine aut veru utilia visa legibus esse firmata; ac naturae quidem iuse esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vendicationem, observantiam, ac naturae quidem iura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili iure versantur et a vulgari intelligentiorem otiorasunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda. Consuetudine autem iuse esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobatur. In ea autem quaedam sunt iura ipsa incerta propter vetustatem, quo in genere et alia sunt multa et eorum multa maxima pars, quae praetors edicere consueverunt, quaedam autem genera iuriam incerta consuetudine factasunt; quod genus pactum, par, iudicatum.

⁵⁷² Cicerón, *In Verr.*, II, 3, 6, 15: Ita quae decimas lege Hieronicas empervendundas censuerunt. Hoc iure ante Verre praetorem Siculis empervisunt: hic primus instituta omnium, consuetudinem a maioribus traditam, condicionem amicitiae, ius societatis convellere et commutare ausus est.

En definitiva, la fuerte tradición de la costumbre como fuente del derecho que apreciamos a lo largo de la historia del derecho romano hace que, cuando nos situemos en época postclásica, y a pesar de la importancia que adquiere el *ius scriptum*, sea comprensible la afirmación de Modestino cuando nos dice, en D. 1, 4, 40, que todo derecho o lo creo el consentimiento, o lo constituyó la necesidad o lo afirmó la costumbre: *Ergo omneius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo*.

III. El Código Civil y Comercial de la Nación y el rol de la costumbre para subsanar las lagunas normativas y efectuar la interpretación legal del derecho vigente

El doctor Ricardo Luis Lorenzetti expresa: “Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas”.⁵⁷³

El Código Civil y Comercial inaugura su texto con un artículo que constituye la columna vertebral del instrumento legal más importante del derecho privado, a saber:

Artículo 1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

El artículo recepta cinco fuentes del derecho, tres de ellas ya vigentes en el anterior ordenamiento: a) la ley; b) los “usos, prácticas y costumbres” cuando “las leyes o los interesados se refieren a ellos”; y c) dichas prácticas “en situaciones no regladas legalmente”. A su vez, innova incorporando dos: d) la Constitución Nacional y e) los tratados de derechos humanos. El doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, acorde con el pensamiento de su tiempo, ciñó las fuentes del derecho a la ley y al papel del “uso, costumbre o práctica”, los que

⁵⁷³ Lorenzetti, R. (2012). *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, p. 581.

solo pueden crear derecho “cuando las leyes se refieren a ellos”. Este último punto fue reformado por la Ley 17.711 e incorporó a las costumbres *praeter legem*, a las que Llambías define como “la norma consuetudinaria que rige una situación no prevista por la ley”, excluyendo la voz “práctica”, y reemplazando las expresiones singulares “uso” y “costumbre” por las plurales y alterando la conjunción “o” por la “y”, que es gramaticalmente más precisa.⁵⁷⁴

La Comisión del Código Civil y Comercial no le dedicó mayor tratamiento a los usos, prácticas y costumbres por considerarlo innecesario. En tanto, el texto mantiene lo medular de la redacción del Código Civil velezano⁵⁷⁵ luego de la reforma de la Ley 17.711, con la salvedad de añadir a continuación de “las leyes” la referencia a “los interesados”, que se toma del proyecto de 1998, lo que revela una importante novedad, en tanto supone que estas normas no solo son fuentes jurídicas cuando la ley alude a ellas, sino cuando lo invocan los particulares, en línea con lo que ya disponía el Código de Comercio y en armonía con el reconocimiento jurídico a la personalidad humana en tanto portadora de derechos innatos e inalienables.

IV. Casos jurisprudenciales en los cuales se utilizó el uso y la costumbre para la resolución de la causa

En la casuística que deben resolver en los estrados de la República Argentina, de manera constante se debe recurrir a la costumbre para la interpretación y resolución de conflictos. Hemos seleccionado algunos fallos donde los jueces recurrieron a la costumbre para poner luz a un conflicto judicial, siendo así una herramienta del juzgador a la hora de solucionar los casos que se presentan de una variada temática, desde el plano comercial, contractual, de derecho de familia, a modo ejemplificativo.

Así es el caso de la provincia de Santiago del Estero, donde la jurisprudencia ha recurrido a la costumbre para dictar un fallo en relación a la temática alimentaria: “Los usos y costumbres constituyen un importante marco interpretativo de la voluntad de las partes. Ello así, el uso y la práctica generalmente

⁵⁷⁴ En efecto, jurisprudencialmente se había establecido que, en nuestro sistema normativo, “la costumbre sólo adquiere poder jurígeno en situaciones no regladas legalmente” (CNCiv., sala G, 21/3/2011, La Ley, 2011-C, 357).

⁵⁷⁵ Artículo 17 del Código Civil de la Nación Argentina: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente” (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968).

observados en casos de igual naturaleza y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse lo convenido, prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras”.⁵⁷⁶

También se apoyaron en la costumbre al momento de brindar solución a un proceso por daños y perjuicios de una colisión de automotores, en la provincia de Chubut:

No existe prueba en autos de que el vehículo haya sido entregado con la voluntad de no uso, ni ello es presumible de las costumbres de la venta de automotores, que suele ser utilizado el vehículo al menos para probarlo y ni qué decir si el mismo es vendido. Si el vendedor quiere que no se utilice el bien no tiene que ponerlo a la venta o tiene que hacer la denuncia de venta. Imaginando la situación, la entrega de un vehículo a una concesionaria se hace con la sobreentendida y tácita autorización de uso, aun si se entrega en consignación para su venta: al menos para ser probado por los clientes potencialmente interesados en comprarlo. Ni que hablar si se le vende el vehículo a la concesionaria, el titular pierde con la entrega la posibilidad de decidir si el vehículo va a circular o no y a quién se le va a vender. Por ello la versión fáctica o, mejor, la interpretación de esos hechos que intenta dar el apelante violenta una lógica mínima y contraviene las costumbres del país en este tema y el principio de normalidad, con lo que no puede tenerse por válida una serie de inferencias carentes de apoyatura que el mismo intenta levantar (Del voto del Dr. Mesa).⁵⁷⁷

La Cámara Nacional Civil al momento de resolver una cuestión suscitada por cobro de honorarios, al resolver una discrepancia en relación a lo acordado para la fijación de honorarios se basó en la costumbre al momento de brindar la solución al caso:

Corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor y, en consecuencia, condenar a la demandada a pagarle los honorarios que le corresponden por las tareas realizadas en su calidad de martillero, toda

⁵⁷⁶ B., R. E. vs. A., L. V. s. Alimentos /// CCC 2^º Nom., Santiago del Estero, Santiago del Estero; 19/04/2007; Rubinzal Online; RC J 701/08.

⁵⁷⁷ Nagüelquin, María Inderledina y otro vs. Díaz Godoy, Diego Hernán y otros s. Daños y perjuicios /// Cám. Apel. Sala A, Trelew, Chubut; 29/07/2011; Rubinzal Online; 114/2011; RC J 824/14.

vez que, conforme a las constancias probatorias obrantes en autos, cabe concluir que el reclamante fue contratado para efectuar una tasación de los campos denunciados y que realizó el trabajo; y si bien es cierto que con algunas deficiencias y con carencia de alguna documentación, pero también debe valorarse que la demandada, cuando el trabajo estaba avanzado, no colaboró con él sino que, por el contrario, pretendió desligarse del vínculo, negándolo. Además, lo cierto es que no hay grandes diferencias entre los valores informados por el actor y por el perito oficial, quien estuvo bastante tiempo para realizar su labor, como surge de las constancias de autos. Se trata de un trabajo que, obviamente, salvo pacto en contrario, es oneroso. Más aún, el entonces letrado de la accionada sugirió una reunión para discutir el asunto de los honorarios, que no llegó a concretarse. En torno al precio de la locación de obras o servicios, tiene gran importancia lo que se acostumbrare a hacer en casos análogos (artículo 1627 del Código Civil). Y es costumbre que cuando una persona requiere la intervención de un martillero para una tasación, consulte previamente sobre el honorario que deberá satisfacer, máxime cuando los valores involucrados son de cierta importancia. No es común que se encarguen estos trabajos sin que se sepa previamente cuál será la retribución. El precio es un elemento esencial del contrato de locación de servicios y de obra (artículos 1493 y 1623 del Código Civil); su determinación puede hacerse antes de la prestación de los servicios, durante el curso de ellos, o después de prestados. Si no hay prueba de haberse convenido el precio, o no existe constancia documentada y surgen discrepancias al respecto, debe recurrirse a la pauta del artículo 1627 del Código Civil, es decir, el precio de costumbre, que es el corriente en un lugar y tiempo determinados.⁵⁷⁸

En las nuevas temáticas de responsabilidad parental previstas en el Código Civil y Comercial, la Cámara Segunda en lo Civil Comercial de la Provincia de la Rioja ha fallado fundándose en la costumbre al momento de resolver un pedido de custodia del padre por agresión de la madre al menor:

Que a los pocos meses de firmado el acuerdo, el Sr. F..., progenitor del menor, solicita una medida precautoria de protección de personas por cuanto la madre y abuela materna del niño habrían pegado, motivo por el cual se realizó una denuncia penal (fs. 1). Frente a estos hechos decla-

⁵⁷⁸ A., H. D. vs. D. A., M. G. s. Cobro de honorarios profesionales /// CNCiv. Sala H; 06/12/2016; Rubinzal Online; 29209/2013; RC J 556/17.

rados, solicita la guarda provisoria, pero teniendo en cuenta que ya hace dos días que lo tiene al hijo, lo que de hecho, ya se configuró la guarda transitoria a favor del padre, y estas medidas son temporales, lo que en miras del bienestar del menor, no podemos cambiarle bruscamente su modo de vida normal, su ambiente, entorno, vecinos, lugar, ya que puede ser perjudicial para el mismo. No contamos con la constatación de las lesiones, aunque sabemos que un simple chirlo como medida correctiva entra en la configuración del delito de “lesión leve”, que si bien lo prohíben las nuevas normativas nacionales (artículo 647 del Código Civil y Comercial) e internacionales, debemos presumir que la lesión no ha sido de magnitud por el relato de los hechos, y en atención a las costumbres en el modo de crianza que permita a los padres el control sin que revista el carácter de una agresión severa. Que de la demanda donde se peticionó la homologación de acuerdo de Régimen de Visitas, tenencia y alimentos, surge que el padre del menor es comerciante, por lo que debemos inferir que trabaja todo el día, mañana y tarde, incluso los sábados, o sea que sí me preocupa pensar que el padre no está en la casa con el menor, no sabemos quién se encarga de su cuidado, su asistencia, quién lo acompaña y brinda colaboración, ya que no es una situación acordada ni programada. Entonces todas estas nuevas circunstancias podrían dañar emocionalmente al menor, quizás más que una medida correctiva y consuetudinaria. Ante las presencia de dos males, debo estar por el mal menor, ya que el niño se crió a la par de su mamá. Situación que se deberá mantener hasta que se demuestre que es contraproducente. Considero que el niño MF debe regresar con su mamá y mantener contacto con su padre como se ha acordado en la Resolución de fecha 8 de abril de 2015. De ahí en más deberá solicitarse la intervención de la Dirección General de Niñez y Adolescencia a los fines que evalúen y monitoreen el desenvolvimiento del niño, y aconsejen cuando el mismo esté en condiciones de ser escuchado. Que por todo lo expresado, considero que debe rechazarse la Medida Precautoria de guarda provisoria del menor, debiéndose reintegrar a su madre”.⁵⁷⁹

Con esta selección de casos judiciales se ha podido afirmar que el concepto de costumbre, como fuente del derecho, pervive en la interpretación e integración del derecho actual, más en las instituciones del Código Civil

⁵⁷⁹ Cámara 2º en lo Civil Comercial y de Minas de la Rioja, Expte. N° 10202150000003229/1 – Letra “F” – Año: 2.015, Caratulados: “FMJ c/ TIV – MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN DE PERSONA”

y Comercial. De allí la importancia de entender su génesis, analizando en consecuencia el enfoque romanista de la institución.

V. Conclusión

Analizados los antecedentes romanistas de la costumbre como fuente del derecho, su trascendencia durante los primeros siglos de su historia y los cambios que fueron dando lugar a un avance de la ley escrita como fuente predilecta por sobre los mores, hemos abordado su situación actual, pasando por el tratamiento en el Código velezano y su recepción en el Código Civil y Comercial.

Los cambios normativos que dan cuenta de una evolución en el pensamiento jurídico no implican el completo reemplazo de las fuentes clásicas del derecho. En esto nos hemos centrado, en materializar al exponer algunas consideraciones de la costumbre como fuente de derecho en el derecho romano antiguo y clásico, pero también resaltando la actual aplicación que tiene esta fuente en la jurisprudencia de la República y en diferentes temáticas.

Por ello es que la costumbre sigue siendo una herramienta válida para la solución de problemas de interpretación e integración del derecho, la que puede utilizarse de una manera eficaz y correcta siempre que los operadores jurídicos comprendan la génesis de la institución.

Perviven en este instituto del derecho los principios romanistas que no obstante el cambio y evolución legislativa, se mantienen como un norte indicando siempre el camino para una correcta utilización de esta fuente del derecho, dando luz a su aplicación práctica.

VI. Bibliografía

Argentina. *Código Civil*. Id SAIJ: LNS0002653; *Código Civil y Comercial de la Nación*. 1º edición. Buenos Aires, Infojus, 2014; *Constitución de la Nación*. 1º edición. Buenos Aires, Infojus, 2013.

Corpus Iuris Civilis Romanorum. A doble texto, traducido del latín al castellano por Idelfonso L. García del Corral. Barcelona, 1889-1898.

Fernández Baquero, M. E. (2003). “La costumbre como Fuente del Derecho Romano”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 6, p. 61-80.

García Garrido, M. (1993). *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Madrid: Dykinson.

Vázquez, H. (1998). *Diccionario de Derecho Romano. Palabras, locuciones y aforismos latinos*. Buenos Aires: Zavalia.

La compensación económica y la obligación de restitución de la dote. Una mirada con perspectiva de género

Por Gabriela Victoria Morel⁵⁸⁰

I. Introducción

La unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) significó un cambio de paradigma en lo referente al derecho de familia. Desde este vértice, nos proponemos realizar una aproximación al régimen dotal, su constitución y restitución buscando así los puntos de contacto con la flamante compensación económica introducida recientemente en nuestro ordenamiento jurídico mediante la reforma legislativa impetrada a través de la unificación del CCyCN.

II. La perspectiva de género y el principio de igualdad en el CCyCN

La modificación e inserción de distintos institutos jurídicos en el CCyCN no solo estuvieron atravesados por la perspectiva de género,⁵⁸¹ sino también

⁵⁸⁰ Abogada. Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Ayudante docente en las materias de Derecho Romano y Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho (UBA). Investigadora externa UFLO, proyecto: "Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial de la Nación", dirigido por la Dra. Mirta Álvarez.

⁵⁸¹ Ver Herrera, M. "El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género". Cita Online La Ley: AR/DOC/160/2015, p. 2.

centrados en los principios de igualdad,⁵⁸² autonomía y solidaridad familiar.⁵⁸³

La reforma produjo lo que se ha dado en llamar la constitucionalización del derecho privado en función de la especial atención que se brindó a los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad federal.⁵⁸⁴

Esta circunstancia también es posible verla reflejada en sentencias judiciales que se han hecho eco de la nueva cosmovisión en la que nos introdujo el CCyCN. Así, encontramos fallos donde al momento de juzgar, los magistrados hicieron mérito de la perspectiva de género, la cual se erige como un deber al momento de fallar y así impartir “una justicia igualitaria que abandone los estereotipos de una sociedad patriarcal superando las discriminaciones por género (...)”.⁵⁸⁵

Este deber interpretativo de integración del texto del CCyCN con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos en “las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional) surge de lo dispuesto en el artículo 2° del CCyCN.⁵⁸⁶ La doctrina ha sostenido que el texto resulta innovador “ya que se incluyen los tratados sobre derechos humanos, siguiendo en ello a una extensa jurisprudencia argentina que ha interpretado la ley en función de los tratados”.⁵⁸⁷

⁵⁸² El principio de igualdad y no discriminación ha sido reconocido como perteneciente al *jus cogens* por Tribunales Internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ver Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/9/2003, párr. 87-88; CSJN, “Alvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/acción de amparo”, 7/12/2010.

⁵⁸³ Ver Lorenzetti, R. “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”. Cita Online La Ley: AR/DOC/1931/2012.

⁵⁸⁴ Ver los argumentos expuestos en el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación 884/2012.

⁵⁸⁵ Ver Negro, M. del C. y Díaz Alderete, E. “Un fallo con perspectiva de género, conforme a los principios de interpretación consagrados en el CCCN”. Cita Online La Ley: AR/DOC/1411/2018. En esta línea, la Corte IDH ha estimado de vital importancia el rol que posee el poder judicial “en el ámbito de la defensa de la protección de los derechos humanos, incluyendo el derecho de las mujeres”. Ver Medina, G., González Magaña, I. y Yuba, G. (2013). *Violencia de Género y Violencia Doméstica: Responsabilidad por Daños*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 405.

⁵⁸⁶ Artículo 2° del CCyCN: Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

⁵⁸⁷ Lorenzetti, R. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 34.

Este intento por dar un salto al reconocimiento del principio de igualdad real podría encolumnarse bajo el rótulo de “lo nuevo”, dejando atrás un paradigma conservador y muchas veces discriminatorio para las minorías y para la mujer en cuanto al reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, una relectura desde este nuevo paradigma en el que nos encontramos inmersos nos puede permitir examinar antiguas instituciones del derecho romano donde de manera incipiente también se le ha reconocido derechos a la mujer, en función de las asimetrías de poder que la colocaban en una situación desventajosa respecto al hombre al momento del divorcio.

III. La dote

La dote es el conjunto de bienes que la mujer u otra persona –ya sea el *pater* de la mujer o un tercero– entrega al marido para colaborar en los gastos y en las necesidades de la vida matrimonial.⁵⁸⁸ Es decir, resulta un aporte que la mujer efectuaba para contribuir a las cargas del hogar doméstico (*onera matrimonii*), pudiendo entregar en concepto de dote todos sus bienes, deducidas las deudas.⁵⁸⁹

Ello podía realizarse antes del matrimonio, sujetándose su validez a su efectiva realización o después de haberse celebrado.⁵⁹⁰ En un primer momento la constitución de la dote resultaba un deber moral. Sin embargo, con el correr

⁵⁸⁸ Podían ser dados en dote todos aquellos bienes que formaran parte de un patrimonio. Ver Guzmán Peña, L. y Argüello, L. (1962). *Derecho Romano*. Tomo 2. Buenos Aires: TEA, p. 507; Arias Ramos, J. (1958). *Derecho Romano*. Tomo II. 7ª edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 714.

⁵⁸⁹ C. 5, 12, 4: “*Nulla lege prohibitum est, univera bona in dotem marito feminam dare*” (“Por ninguna ley se halla prohibido que la mujer le dé en dote a su marido todos sus bienes”). García del Corral, I. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo IV. Valladolid: Lex Nova, p. 590; D. 23, 3, 72, pr.: “*Mulier bona sua omnia in dotem dedit; quaero, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? Paulus respondit, eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri eius non posse, sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno*” (“Una mujer dio en dote sus bienes; pregunto, ¿será acaso obligado el marido a responder de las cargas como si fuese heredero? Paulo respondió, que verdaderamente el que retuvo en virtud de la promesa de dote todos los bienes de la mujer, no podía ser demandado por los acreedores de ella, pero que en la promesa de los bienes no hay mas que lo que resta, deducidas las deudas”) García del Corral, I. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo II. Valladolid: Lex Nova, p. 143.

⁵⁹⁰ Oderigo, M. (1982). *Sinopsis de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 97.

de los años pasó a ser una obligación jurídica.⁵⁹¹ Dicha obligación regía para el padre o los parientes paternos y eventualmente para la madre.⁵⁹² La mujer si bien no estaba obligada a dotarse, si lo hacía se entendía que había cumplido una obligación natural, por tanto no era posible repetir lo dado a título de dote.

Una vez constituida la dote, en un primer momento el esposo tuvo amplias facultades de administración y disposición sobre los bienes dotales. Sin embargo, tal circunstancia puso en evidencia la posibilidad de que la mujer se vea perjudicada en sus intereses y que la posibilidad de restitución resultara imposible al disolverse el matrimonio.⁵⁹³

Frente a ello, fueron apareciendo una serie de normas que con el correr de los tiempos han ido limitando las facultades de administración y disposición del esposo. Así, encontramos la *Lex Iulia* de la época de Augusto, que prohibió al marido enajenar sin el consentimiento de la mujer los fondos dotales, como también gravarlos con prenda o hipoteca.⁵⁹⁴

En lo que refiere a esta *lex*, Justiniano en sus *Institutas* explica que la han mejorado pues no solo prohíbe la enajenación o hipoteca sobre los fundos itálicos, sino también aquellos que se encuentren en las provincias, medie o no el consentimiento de la mujer, a fines de protegerla.^{595/596}

⁵⁹¹ Ver Guzmán Peña, L. y Argüello, L. (1962). *Derecho Romano*. Tomo 2. Buenos Aires: TEA, p. 507; Di Pietro, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 321.

⁵⁹² D. 12, 6, 32, 2; D. 21, 2, 71; D. 23, 2, 19; D. 26, 7, 12, 3; D. 26, 7, 52.

⁵⁹³ Guzmán Peña, L. y Argüello, L. (1962). *Derecho Romano*. Tomo 2. Buenos Aires: TEA, p. 510.

⁵⁹⁴ Oderigo, M. (1982). *Sinopsis de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 97. En las fuentes encontramos: D. 23, 5, 3, 1; D. 23, 5, 4. Por su parte, Gayo, en sus *Institutas* también hace regerencia a ello: II, 63. En esta línea los autores han afirmado que, “por esta disposición se coartó la libertad de los maridos respecto de los fundos itálicos cuya venta estaba prohibida en contra de la voluntad de la mujer, ya que aquellos dilapidaban dichos bienes desviándolos del fin específico que fuera intención de quien los constituyó, y que era el sufragar las cargas del matrimonio” (Di Pietro, Alfredo [1997]. *Institutas. Texto traducido, notas e introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 237).

⁵⁹⁵ “(...) *Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum: quod nos legem Iuliam corrigentes in meliorem statum deduximus. Quum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat, quae Italicae fuerant, et alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum etiam volente, utriusque remedium posuimus, ut et in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta sit alienatio vel obligatio, et neutrum eorum, neque consentientibus mulieribus, procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur*” en I. 2, 8, pr., García del Corral, I. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo I. Valladolid: Lex Nova, p. 45-46.

Así, vemos que en el derecho justinianeo se dispusieron mayores restricciones hasta el extremo de imponerle al marido un deber de diligencia para la administración de estos bienes: la obligación de “emplear igual diligencia que para las cosas propias”.⁵⁹⁷

Si bien durante el matrimonio a la mujer no se le reconoció derecho de propiedad ni ningún otro derecho sobre los bienes dotales, sí fue autorizada a intentar medidas conservatorias que le aseguraran la eventual restitución de la dote para el caso de disolución de la unión marital. En consecuencia, fue autorizada a exigir suficientes cauciones y Justiniano llegó a permitir la restitución de la dote aún durante el matrimonio, aunque prohibiéndole a la mujer la enajenación de los bienes dotales mientras subsista la unión conyugal.⁵⁹⁸

IV. Restitución de la dote

En lo que refiere a la restitución de la dote vemos que ha habido una evolución de este instituto a lo largo del tiempo.⁵⁹⁹ En el derecho antiguo no se encontraron normas que regulasen esta cuestión. Ello es así ya que la causa de disolución del matrimonio más común era la muerte de alguno de los dos cónyuges. A su vez, las costumbres y una obligación moral llevaban a que el marido, en su caso, restituya la dote sin mayores inconvenientes.⁶⁰⁰

No obstante ello, con el cambio de las costumbres en la sociedad romana vemos que los divorcios se hicieron cada vez más frecuentes. La falta de fundamento normativo de la restitución de la dote conllevó a que en muchos casos se produjeran situaciones injustas que dejaban no solo a la mujer sin los bienes dotales que había entregado para colaborar en los gastos de la vida conyugal, sino también sin la posibilidad de contraer nuevas nupcias por la falta de bienes que le sirvieran para constituir una nueva dote.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ Los límites a la administración de los bienes dotales se hicieron más notorios, pues se estableció la posibilidad de declarar la nulidad de la enajenación total o parcial de cualquier clase de bienes, aunque se hubiera realizado con la conformidad de la esposa. Ver, D. 41, 3, 42; C. 5, 13, 15.

⁵⁹⁷ D. 23, 3, 17, pr.; D. 24, 3, 24, 5.

⁵⁹⁸ D. 23, 3, 73; D. 24, 3, 22, 8; Cod., 5, 12, 29.

⁵⁹⁹ Arias Ramos, J. (1958). *Derecho Romano*. Tomo II. 7ª edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 719.

⁶⁰⁰ Di Pietro, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 323.

⁶⁰¹ Vega de Miguens, N. (1976). *Derecho de Familia en el Derecho Romano*. 4ª edición. Córdoba: Lerner, p. 69 y sig. Oderigo, M. (1982). *Sinopsis de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 96.

Ante tales situaciones injustas mediante la jurisprudencia se fueron delineando defensas que garantizasen la restitución de la dote al momento de disolución del matrimonio.

Una forma de recuperación de los bienes dotales era la vía convencional donde se pactaba la devolución mediante el contrato verbal de estipulación, la *stipulatio rei uxoriae*, del que nacía la *actio ex stipulatu* para hacer exigible el cumplimiento de lo convenido.⁶⁰²

Por su parte, el pretor creó como acción de buena fe la *actio rei uxoriae*,⁶⁰³ que si bien en un primer momento se aplicaba solo a los divorcios con el tiempo se extendió su utilización a los casos de disolución del matrimonio por causa de muerte.⁶⁰⁴ La creación de la *actio rei uxoriae* impuso la obligación del marido a restituir la dote sin necesidad de que medie un convenio. El ejercicio de la *actio rei uxoriae* lo tenía la mujer si era *sui iuris* o el *pater* de la mujer si esta fuera *alieni iuris*. Los herederos podían hacer uso de esta acción en caso de que el marido antes de que muera la mujer hubiese sido constituido en mora.⁶⁰⁵

La jurisprudencia clásica determinó normas relativas a la forma de restituir los bienes que integraban la dote reconociendo algunas ventajas a favor del marido: erigiendo todo un régimen de retenciones en caso de que tengan hijos, que la mujer se haya comportado en forma indecorosa, entre otras cuestiones.⁶⁰⁶

En el derecho postclásico, Justiniano modificó el régimen dotal y fortaleció la posición de la mujer, disminuyendo el poder del marido. En este sentido, la regla general que rigió en la época de Justiniano fue que la dote nunca debía quedar al marido.⁶⁰⁷

Así también, Justiniano suprimió la facultad de realizar retenciones, derogó la *actio rei uxoriae* y la reemplazó por la conocida *actio dotis* que presentaba características muy similares a la anterior. A su vez, “fueron reforzadas las garantías de restitución disponiendo la mujer de una *vindicatio utilis* para

⁶⁰² Iglesias, J. (1979). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. 1º reimpresión. Barcelona: Ariel, p. 568.

⁶⁰³ Gayo, IV, 62.

⁶⁰⁴ Bonfante, P (1979). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus, p. 209.

⁶⁰⁵ Dig., 24, 3, 57.

⁶⁰⁶ Iglesias, J. (1979). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. 1º reimpresión. Barcelona: Ariel, p. 572-573; Arias Ramos, J. (1958). *Derecho Romano*. Tomo II. 7º edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 718-719.

⁶⁰⁷ Di Pietro, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 323.

recobrar los bienes de la dote y de una hipoteca legal sobre todos los bienes del marido, privilegiada incluso frente a las constituidas antes de casarse”.⁶⁰⁸

Hasta aquí hemos visto el régimen dotal, su evolución y cómo la restitución de la dote terminó resultando inherente a su constitución.

V. Compensación económica

La reciente incorporación de la compensación económica en nuestro ordenamiento jurídico fue a través de los artículos 441 y 442 del CCyCN para el caso del divorcio, y los artículos 524 y 525 del CCyCN frente al cese de la unión convivencial.

En cuanto a los fundamentos de este instituto vemos que los principios de igualdad y solidaridad familiar resultan su basamento. Pues, intenta evitar que se produzca el empobrecimiento de uno de los integrantes de la pareja por causa del matrimonio o la unión convivencial frente a la situación de divorcio o cese.⁶⁰⁹

Respecto a su naturaleza jurídica existen grandes discusiones. Algunos autores sostienen que se trata de una prestación de naturaleza alimentaria con contenido asistencial. Otra posición ubica a este instituto como un efecto patrimonial de la ruptura y que, en consecuencia, posee naturaleza indemnizatoria o reparatoria.⁶¹⁰ También encontramos doctrinarios que sostienen que su naturaleza es el enriquecimiento sin causa y que el principio de “empobrecimiento injusto” sería su fundamento.⁶¹¹

En otra línea se ubican aquellos que consideran que la compensación económica no posee naturaleza jurídica “pues se trata de una institución nueva que se rige exclusivamente por las normas que la regulan”.⁶¹²

Sin embargo, más allá de esta discusión vemos que este nuevo instituto jurídico requiere de la concurrencia de una serie de circunstancias fácticas que

⁶⁰⁸ Arias Ramos, J. (1958). *Derecho Romano*. Tomo II. 7ª edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 719-720. En igual sentido, Oderigo, M. (1982). *Sinopsis de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 99.

⁶⁰⁹ Lorenzetti, R. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 757; Medina, G. y Rivera J. C. (dir.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires: La Ley, comentario al art. 441, CCyC.

⁶¹⁰ Lorenzetti, R., ob. cit., Tomo III, pág. 348.

⁶¹¹ Famá, M. V., “Régimen patrimonial de las uniones convivenciales” Cita Online *La Ley*: AR/DOC/4285/2015, pág. 9.

⁶¹² Lorenzetti, R., ob. cit., Tomo II, pág. 758 a 761.

definen su procedencia. En función de lo normado en el CCyCN, es preciso que se presente un desequilibrio económico manifiesto, que implique un empeoramiento entre la situación de ambos cónyuges y que todo ello sea a causa de la relación convivencial o el matrimonio y su ruptura o cese.⁶¹³

Para determinar esta cuestión el artículo 442 del CCyCN nos brinda una serie de pautas a fin de establecer si ha existido este desequilibrio al que hace referencia la norma, como, por ejemplo, examinar la situación patrimonial al momento de contraer matrimonio y el estado patrimonial al momento del divorcio.⁶¹⁴

La situación particular que intenta remediar este instituto es compensar el “desequilibrio manifiesto” que se plantea al momento del divorcio o ante el cese de la unión convivencial; circunstancia que dependerá de la situación fáctica que pueda llegar a acreditarse.

Resulta claro que este instituto se hace cargo o por lo menos intenta hacerse cargo de compensar, nivelar, equilibrar la desigualdad patrimonial causada por la asignación de roles y responsabilidades entre cónyuges o convivientes. Podemos decir que se hace cargo de los frecuentes sacrificios, postergaciones y renunciaciones de desarrollo personal y profesional que pueden producir un resultado injusto a alguno de los dos integrantes de la pareja; circunstancia que se cristaliza al momento del divorcio o del cese de la unión convivencial.⁶¹⁵

Desde este vértice, la compensación económica ha sido considerada como una valiosa herramienta proactiva para lograr una mayor igualdad real, tomándose como eje la protección al más vulnerable o débil.⁶¹⁶

⁶¹³ “En el derecho comparado existen dos vertientes, las que apuntan hacia el pasado y tienden a compensar los perjuicios sufridos por la pérdida de oportunidades a raíz de haber dedicado tiempo y esfuerzo a la crianza de los hijos y el trabajo doméstico; y aquellas que se plantean la cuestión hacia el futuro poniendo el acento en la situación en la que queda uno de ellos luego de la ruptura para su reinserción social y laboral” (Roveda, G. y Giovannetti, P. [2014]. “Comentario al Cese de la Convivencia. Efectos.” En *Código Civil y Comercial de la Nación*. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Buenos Aires: La Ley, p. 1320). Ver, Luján, D., “Uniones Convivenciales: aspectos patrimoniales y su comparación con el matrimonio.” Cita Online *La Ley*: AR/DOC/3834/2015, p. 7.

⁶¹⁴ Azpiri, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia*. 1ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, p. 75-78.

⁶¹⁵ En la compensación económica el legislador ha tenido en miras atemperar las situaciones conflictivas de crisis y ruptura para que puedan superarse los desequilibrios “y reorganizar nuevos proyectos de vida autónomos” (Orlandi, O., “La compensación económica desde la perspectiva interdisciplinaria.” Cita Online *La Ley*: AP/DOC/804/2018).

⁶¹⁶ Bísvaro, B., “Efectos de la disolución de las uniones convivenciales.” Cita Online *La Ley*: AR/DOC/271/2017, p. 9.

Así también, teniendo en miras la desigualdad de género, la compensación económica se encontraría destinada a compensar la situación en la que se encuentran aún hoy muchas mujeres que han construido una familia basada en una división de roles estereotipados en la cual la mujer es la encargada del cuidado de los hijos y de las tareas del hogar, mientras el varón es el proveedor económico del grupo familiar.⁶¹⁷

Resulta claro que el instituto en examen no se centra en la mujer, pues como sabemos también existe y se encuentra reconocido normativamente el matrimonio y la unión convivencial entre personas del mismo sexo. A su vez, hoy en día la mujer ha logrado ocupar un reconocido lugar en la sociedad ya sea en el mundo laboral y/o académico.

Sin embargo, más allá de lo expuesto en el párrafo anterior, la asignación de roles estereotipada continúa siendo una realidad para muchas mujeres, circunstancia que implica quedarse en el hogar resignando su desarrollo profesional, laboral y/o académico. Si este extremo logra acreditarse, habilita el reclamo de la compensación económica.⁶¹⁸

VI. Conclusión

En virtud del recorrido realizado vemos que el principal punto de contacto entre este nuevo instituto jurídico incorporado al CCyCN con la dote y su restitución es la finalidad que posee la compensación económica. Esto es, devolverle a la mujer, tomando la asignación estereotipada de roles,⁶¹⁹ los aportes que ha realizado al momento de la celebración del matrimonio o de la unión convivencial. Es decir, devolverle a la mujer lo que le pertenece.

Como vimos, en Roma, al momento de celebrar el matrimonio la mujer aportaba un conjunto de bienes, ya sea ella misma o un tercero. En la actualidad, podemos ver que esos bienes entregados *in causa dotis* se traducen en la

⁶¹⁷ Herrera, M. (2014), "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar". En *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial* (Noviembre), 17/11/2014. Cita Online: AR/DOC/3846/2014.

⁶¹⁸ La cual podrá tener lugar mediante la entrega de una renta ya sea en un pago único o continuado por un tiempo determinado, sin que importe cómo se llegó a la ruptura sino las consecuencias objetivas que ha producido.

⁶¹⁹ Sobre estereotipos de género ver: Mesterman, Silvia, "Más allá de los estereotipos de género: La inclusión de la complejidad en el abordaje de la violencia en la pareja", en *La Familia en el Nuevo Derecho*, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.), Herrera Marisa (Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo I, pág. 171-183.

entrega de su tiempo a los quehaceres del hogar, el cuidado de los niños y, en definitiva, el sacrificio de su desarrollo personal, laboral y/o académico.

Es así que al finalizar la relación matrimonial o unión convivencial, como ocurría en Roma, nuestro CCyCN impone al marido el deber de devolver ese aporte que realizó la mujer con la finalidad de colaborar en las cargas familiares.

El principio del interés superior del niño en un fallo⁶²⁰

Por Julieta Rodríguez⁶²¹

I. Introducción

En un fallo de principios del año 2018, la jueza Erika Fontela, titular del Juzgado N° 11 de Familia, Civil, Comercial, de Minería y Sucesiones de El Bolsón, ordenó a los padres de un niño de tres meses que contrajo meningitis y al cual no se le habían aplicado las vacunas obligatorias del plan nacional de vacunación, a cumplir con una serie de estrictas medidas cautelares durante el plazo de seis meses a los fines de evaluar, una vez cumplido dicho plazo, el compromiso asumido y el cambio de conducta y comportamiento en favor del niño. Además, dispuso un seguimiento especial de los órganos protectores hacia la familia, de manera de garantizar el interés superior del niño.

Entre las medidas cautelares, se dispuso que los padres deberían informar diariamente de forma telefónica al servicio de urgencias sobre el estado del menor y concurrir al servicio de pediatría como mínimo cada 72 horas. Además, deberían tomar intervención con la terapeuta para iniciar un tratamiento rehabilitante de estimulación temprana, acreditar la asistencia a una nutricionista, acreditar la inscripción del niño a una obra social, acreditar el informe de un trabajador social respecto a las condiciones de habitabilidad, entre otras medidas preventivas y paliativas.

⁶²⁰ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” que se desarrolla en la Universidad de Flores bajo la dirección de la Prof. Mirta Beatriz Álvarez.

⁶²¹ Estudiante de la carrera de Abogacía de la Universidad de Flores.

Asimismo, dispuso que un referente del servicio social debería acompañar un informe cada 24 horas al asesor de menores y que la vivienda debería ser accesible para el personal del hospital de El Bolsón.

II. Derechos afectados

En este fallo hay dos cuestiones en juego: por un lado, la libertad de elegir voluntariamente la forma de vida que tienen los padres, que cede ante el interés superior del niño. Dicha libertad, si bien en principio encuentra amparo en el artículo 19 de la Constitución Nacional, también tiene en el mencionado artículo su límite, ya que según el texto de la Carta Magna, las acciones privadas de los hombres no deben perjudicar a un tercero para estar exentas de la autoridad de los magistrados. Y en este caso, el tercero perjudicado es el niño.

En palabras de la jueza en el fundamento del fallo, “no está en discusión cuál es el modelo que los padres eligen como forma de vida familiar, sino cuál es el límite que tiene dicho modelo en el ejercicio por representación de los derechos de los miembros de dicha familia”.

Por otra parte, en este fallo se pone de manifiesto un concepto de salud pública, que es el que justifica la obligatoriedad de las vacunas previstas en el artículo 11 de la Ley 22.909: la importancia de la vacunación no se manifiesta tan solo a nivel individual, sino también en el plan de la comunidad, ya que es la sumatoria de las vacunas de toda la comunidad la que genera la inmunidad y prevención de las graves enfermedades.

III. La opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En un fallo del día 12 de junio del 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia que disponía que se intimara a los padres de un menor a que acrediten el cumplimiento del plan de vacunación oficial.⁶²² El Alto Tribunal entendió que la no vacunación expone al niño al peligro de contraer enfermedades, a la vez que pone en riesgo la salud de la comunidad.

Los padres habían basado su petición de rechazar la sentencia en el artículo 19 de la Constitución Nacional, a lo que la Corte contestó que toda conducta que perjudique derechos de terceros queda fuera del ámbito de reserva aquel artículo. Además, sostuvo que el derecho de privacidad familiar resulta permeable a la intervención estatal en pos del interés superior del niño.

⁶²² N.N.O U., V. S/Protección y Guarda de Personas (12/06/2012 – N. 157. XLVI).

En el considerando 11 del fallo, el máximo tribunal manifiesta que “la decisión de los padres pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunación oficial pues la vacunación no alcanza solo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de los objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población. Solo de esta forma puede entenderse el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para ‘todos los habitantes del país’ previsto en el artículo 11 de la Ley 22.909 (Ley de Salud Pública)”.

Asimismo, destaca en el considerando 13 que “la Organización Mundial de la Salud ha planteado entre sus objetivos no solo proteger a las personas de enfermedades que son prevenibles, sino también alcanzar su erradicación y la disminución de la mortalidad infantil”.

Respecto al Interés Superior del Niño, la Corte expresa en el considerando 18 del fallo que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la atención principal al Interés Superior del Niño apunta a dos finalidades básicas que son: la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. En tal sentido, se ha considerado que la regla del artículo 3.1⁶²³ de la Convención sobre los Derechos del Niño tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos por más legítimos que estos resulten”.

Por último, expresa la Corte en el considerando 22 de su fallo que “lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño y en ese sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sean vacunadas reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas de todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse, si todos imitaran la actitud de los actores.”

⁶²³ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3º. Punto 1: en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

IV. El Interés Superior del Niño en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial, vigente desde el 1º de agosto de 2015, reepta en su nueva redacción la terminología de la Convención de Derechos del Niño, y lo que antes se denominaba “patria potestad” fue reemplazado por la expresión “responsabilidad parental”. Desde hace varios años, diversos doctrinarios señalaron la necesidad de reemplazar la denominación “patria potestad” y la elección del término “responsabilidad” tiene su fundamento en los artículos 5, 18 y 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña. En ellos se alude directamente a las “responsabilidades de los padres” como así también se establece el principio de coparentalidad, cuya finalidad es la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

En los Fundamentos del Anteproyecto, se resaltó que “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico. Por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”,⁶²⁴ denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. El vocablo responsabilidad implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores, que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño.⁶²⁵

⁶²⁴ En los Fundamentos del Anteproyecto se expresa: “... La palabra ‘potestad’ de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la ‘potestas’ del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo ‘responsabilidad’ implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente a satisfacer el interés superior del niño o adolescente. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos ordenamientos han cambiado la denominación de patria potestad por la de autoridad parental; otros por responsabilidad parental como acontece, por ejemplo en el Reglamento del Consejo Europeo nro. 2201/03 del 27/03/2003 –también denominado ‘Nuevo Bruselas II’– se refiere a la ‘Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental’; la Ley 26.061 y varias legislaciones locales reeptan de manera genérica la expresión ‘responsabilidad familiar’ al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil...”

⁶²⁵ “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora,” en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Ediciones Infojus, 2012, p. 597.

En el artículo 639 de nuestro Código Civil y Comercial se enumeran los principios generales de la responsabilidad parental, y ellos son:

1. El interés superior del niño.
2. La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo.
3. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Estos principios configuran pautas de interpretación que enfatizan y precisan el sentido y funcionalidad de la responsabilidad parental.

Los tres incisos recogen derechos y garantías provenientes de diversos instrumentos de derechos humanos, en particular de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña (artículos 3°, 9°, 18°, 21°, 37°, 40°) de aplicación directa en todas aquellas cuestiones que involucren a niños, niñas y adolescentes, y reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, nacional e internacional.

V. La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

La Ley 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005, estableció en su artículo 3° qué es lo que se debe entender por “Interés Superior del Niño”. A tal fin determina que

se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

VI. Los derechos de los niños en el derecho romano

Sebastiano Tafaro, profesor ordinario de Derecho Romano de la Universidad de Bari, analiza en su artículo titulado “Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana”,⁶²⁶ la evolución de las instituciones orientadas a su tutela. En tal sentido, expresa Tafaro que

ciertamente en el derecho romano no existió un elenco de los “derechos de los niños” tal como se encuentra hoy previsto en los diferentes tratados y convenciones internacionales. Sin embargo, los valores que fundamentan tales derechos sí se encontraban presentes en la experiencia jurídica romana, lo que permitía hablar de un “derecho de nacer” del concebido, cuya tutela se confiaba en forma concurrente a los *patres* y a la *civitas*; de un “derecho a la paternidad” o derecho de ser acogido en la familia; de un “derecho al nombre” con el cual el niño se identificaba en la colectividad y entraba oficialmente en la familia; de un “derecho a la crianza”, esto es a ser alimentado y criado; además de otras disposiciones dirigidas a la protección jurídica de los niños, tales como la prohibición del trabajo forzado y la prohibición relativa a las convenciones sobre prestaciones laborales, así como el derecho del impúber a ser asistido y protegido por un tutor.

⁶²⁶ Tafaro, S. (2009). “Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana”. En *Revista de Derecho Privado Externado*, N° 17, p. 177 a 202.

Estos derechos deben ser valorados de acuerdo con la realidad jurídica de la experiencia romana, y no sobre la base de nuestros esquemas actuales. Dicha experiencia, caracterizada por un sistema abierto de fuentes, daría vida a principios de indiscutible civilidad jurídica, muchos de ellos aún vigentes.

En cuanto a los “Derechos de los Niños”, Tafaro expresa: “Frente a la pregunta de si en el derecho romano pueden encontrarse normas dirigidas a la tutela específica de las expectativas de los niños, considero que es necesario evidenciar los valores que también en la sociedad romana estaban a la base de la protección de éstos. Con frecuencia se trataba de la intuición de principios que, aun sino de manera general, ofrecieron soluciones inspiradas en la tutela de las expectativas de vida y de crecimiento de los niños.”

Continúa su desarrollo haciendo referencia a la expectativa de nacimiento y el derecho a la vida. Tafaro dice que “el concebido era considerado persona y tenía relevancia jurídica autónoma ya desde el momento de la concepción, en consecuencia, tenía derecho de nacer”. En apoyo de tales afirmaciones pueden citarse:

- La prohibición existente ya desde la edad regia de sepultar a la mujer encinta antes de que le fuese extraído el *partus*.
- El hecho de que la condena capital de una mujer encinta podía ejecutarse solo después del parto.
- El hecho de que la mujer encinta no fuese sometida a inquisición judicial, ni eventual tortura y condena.
- La disposición según la cual para no causar perjuicio al niño una vez nacido, debía diferirse para después del parto la acusación de adulterio en contra de la mujer puesta en posesión de los bienes en nombre del *nascituro*.
- El rescripto que declaraba que el marido podía obtener el reconocimiento del estado de embarazo y la designación de personas que tuvieran por tarea vigilar a la mujer para impedirle cualquier acto contra el nacimiento del hijo que llevaba en su vientre
- También la inclusión del aborto que el marido no hubiese deseado entre los *crimina*, cuando los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla hacen del aborto un hecho perseguible incluso penalmente como crimen fuera del sistema, disponiendo que el alcalde de la provincia mande en exilio temporal a la mujer.
- La asignación por parte del pretor a la madre encinta, independientemente de sus posibilidades económicas de alimentos destinados directamente al *nascituro* y garantizados con la asignación de un *curator ventris*. Esta disposición estaba destinada a asegurar el nacimiento del concebido.

La tutela de la expectativa de nacimiento siempre se reforzaba, además, con la protección de los derechos patrimoniales. Ello se manifestaba:

- En la admisión del *nascituro* a la herencia legítima.
- En la posibilidad para la madre de pedir al pretor la disponibilidad de los bienes a los cuales tendría derecho al *nascituro*.
- También en el encargo al *curator ventris* de la obligación de proveer a la tutela de los intereses patrimoniales cuando se presentara la necesidad.

Podríamos concluir entonces que en el derecho romano se encontraba reconocido el derecho a nacer del concebido, y que ese derecho era objeto de tutela, aun si su iniciativa se confiaba a veces a uno de los cónyuges.

La protección del nacimiento también se verificaba mediante la tutela del interés concurrente de la colectividad (*civitas*), dando lugar a una especificidad en cuyo ámbito debe circunscribirse la existencia del “derecho a nacer” del concebido.

Cabe destacar que en el derecho romano, la expectativa del niño de nacer y de vivir tenía raíces profundas y ya había contado con formas de tutela eficaces desde las Doce Tablas, que introdujeron límites rigurosos. Además, la muerte de los hijos fue campo de acción de los censores y quizás de los tribunales domésticos.

No parece haber dudas en cuanto a que el ejercicio de la *patria potestas* siempre sufrió limitaciones. En la práctica, la facultad de los padres fue restringida en lo que hace al poder de castigo frente a los hijos culpables de faltas graves.

El abandono del hijo infante también fue limitado por el concurso de los tribunales domésticos y los censores. La *expositio* del neonato terminó por ser castigada por Constantino con la pérdida de la *patria potestas* y sancionada como crimen por Valente y Graciano.

Con relación al derecho a la paternidad, manifiesta Tafaro: “Los padres tenían el derecho de aceptar o no a sus hijos. Al efecto, existía la ceremonia religiosa familiar del *tollere liberos*, que no parece constitutiva de la *patria potestas*, sino preclusiva de la facultad de exponer al hijo o de desconocerlo”.⁶²⁸

Sin embargo, este derecho de los padres no fue absoluto. Por el contrario, sufrió fuertes limitaciones y controles, y finalmente los censores reconocieron

⁶²⁸ Amunátegui Perello, C., *Origen de los poderes del pater familias. El pater familias y la patria potestas*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 37 en ese sentido afirma: “...el poder del padre sobre la familia (*patria potestas*) es el elemento fundamental que marca la entrada y salida al grupo, rigiendo además las relaciones entre sus miembros.”

al hijo, el derecho a ser acogido en la familia paterna cuando había nacido del matrimonio legítimo, o en la familia materna si era ilegítimo.

En el año 73 d. C., mediante el senadoconsulto Planciano se estableció el procedimiento para los casos de embarazos posteriores al divorcio. En el mismo, se determinaba que la esposa podía notificar al marido que estaba embarazada de él, con el fin de que reconociera al *nascituro* como propio. Esta denuncia debía producirse dentro de los 30 días contados a partir del divorcio con documento u oralmente comunicando el estado de embarazo. El marido podía optar entre negarse a reconocer que la mujer estuviera embarazada de él, o recibir la noticia y enviar a personas para que siguieran la evolución del embarazo y del parto. En caso de no optar por ninguna de estas alternativas, podía ser obligado al reconocimiento por medio del recurso del procedimiento extraordinario.

En caso de negación de la paternidad, la esposa debía probar que había quedado embarazada del marido, en cuyo caso el padre quedaba obligado a reconocer al *nascituro*. Posteriormente, un nuevo senadoconsulto previó para los *nascituri* nacidos durante el matrimonio que se podía demandar el reconocimiento de la paternidad, en el caso de que, muerto el padre del *nascituro*, el abuelo no pretendiese reconocer al niño.

Concluye Tafaro que “esta disciplina presupone el reconocimiento de un principio que implica la aceptación del derecho del niño al reconocimiento por parte del padre, el cual se estaba abriendo camino con menoscabo de la concepción del poder absoluto de este último.”

En cuanto al derecho a la identificación mediante el nombre, Tafaro dice: “Con el reconocimiento, el neonato adquiriría el derecho a ser identificado mediante el nombre. Al momento del nacimiento, el niño era sometido a una inspección cuidadosa por parte de una mujer experta, quien verificaba la presencia y la salud de los miembros, luego de lo cual el neonato era presentado al padre con el objeto de que lo acogiera en su familia. El niño era colocado en el suelo, a los pies del *pater familias*, quien con un gesto manifestaba su voluntad: si realizaba el acto de levantarlo, el neonato era reconocido; de otro modo, era expuesto en la vía pública”.

En ese momento, además, el niño recibiría el nombre con el cual habría de entrar oficialmente en la familia y sería reconocido por la colectividad.⁶²⁹ Sin embargo, esto no sucedía de forma inmediata sino al noveno día para los varones y al octavo día para las niñas.

⁶²⁹ Torrent Ruiz, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, 2005, p. 762 con respecto al término *nomen*, sostiene: “A) Término que sirve para designar a un ciudadano romano libre indicativo de su gentilidad.”

En cuanto al derecho a la crianza, dice Tafaro: “Al nacido, el derecho natural le reconocía el derecho de ser alimentado y criado.⁶³⁰ Ello se resumía, según se deduce de numerosos datos, en el derecho de alimentos y a recibir una formación física e intelectual adecuada. Una arraigada costumbre vinculaba durante los tres primeros años a las madres y a las nutridoras a amamantar y nutrir a los neonatos. Después del tercer año, la obligación de nutrición y de cuidado pasaba a los padres. Dicha obligación estaba comprendida en el ejercicio responsable de la *patria potestas*.”

Respecto a la protección de los niños destaca distintas soluciones dirigidas a su protección jurídica, entre ellas:

- Exenciones de los *munia*: la prohibición de trabajo forzado y de las convenciones de prestaciones laborales relativas a los niños.
- Tutela: el instituto estaba dirigido a la protección de los intereses patrimoniales de la familia, y solo indirectamente, a la protección de los menores.
- Debe considerarse también como una forma de protección, la total ausencia de legitimación frente al proceso dispuesta para los infantes y la necesidad de asistencia del tutor para los *infantia maiores* aun impúberes.

La intervención de los magistrados solo se daba en la medida en que fuera evidente la falta de la familia para la tutela de los niños. A modo de conclusión, el profesor Tafaro expresa:

El derecho de nacer y de crecer, consolidado durante el curso de la experiencia jurídica romana, ha dado vida a principios de indiscutible civilidad jurídica correspondientes a la visión de una sociedad basada en las fundamentales interacciones entre expectativas del particular y formaciones

⁶³⁰ Bonfante, P. (1965), *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid: Reus, p. 201. “Entre padres e hijos hay obligación y derecho recíproco a los alimentos, independientemente de la patria potestad (...)”;

Saccoccio, A., *Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*. En *Revista Roma e America*. Mucchi, 35/2014, p. 9, sostiene: “Per quanto riguarda le ragioni dell’emersione storica di un tale dovere, mi pare che le fonti confortino l’ipotesi per cui il punto de partenza sia costituito da richieste dei patres di essere alimentati dai figli ancora in potestate (e non viceversa), e solo successivamente il suo ambito applicativo sarebbe stato esteso a richieste corrispettive dei figli nei confronti dei genitori, anche al di fuori del vincolo potestativo, e poi, forse, nei rapporti del figlio con la madre o con gli avi e gli altri ascendenti del lato paterno (agnati) o reciprocamente tra fratelli e sorelle”.

sociales, a partir de la familia. Estos principios han sostenido las articulaciones de casi todos los ordenamientos de la edad moderna y contemporánea. Solo recientemente estos han sido parcialmente contradichos por el reconocimiento del derecho al aborto, aceptado sobre todo en atención a la potestad de autodeterminación de la madre. Pero resta preguntarse si el principio que se abrió camino en el derecho romano puede considerarse del todo superado, gracias a la legislación positiva, o si debe aún, por el contrario, considerarse válido y capaz de sugerir soluciones congruas respetuosas de dicho principio. Los derechos a la paternidad y al nombre se encuentran presentes y revitalizados en todos los ordenamientos contemporáneos. La proyección de un derecho de lo natural debía requerir la enunciación de reglas, la primera entre ellas, la de la tutela de la vida, en modo de hacerlo trasmigrar como valor en el sistema del derecho, creando una tensión propulsora entre situación de hecho y reglamentación jurídica.

VII. Conclusión

A lo largo de este desarrollo, hemos llegado a los fundamentos teóricos e históricos de la protección de los derechos de los niños y niñas, partiendo de un hecho de actualidad en el cual la magistrada a cargo de la resolución del mismo recurrió a los institutos modernos, agrupados bajo lo que hoy conocemos como “Interés Superior del Niño”, para resolver en favor del interés del menor.

Dicho interés, reconocido tanto en las convenciones internacionales como en la legislación local y en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, encuentra en última instancia su génesis en muchos institutos que se crearon y desarrollaron en la experiencia jurídica romana y que continúan vigentes en el derecho positivo actual.

El principio que veda las donaciones entre cónyuges. Su origen en el derecho romano y su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina⁶³¹

Por Mariana Verónica Sconda⁶³²

Palabras clave: *Donatio*; *liberalitas*; donación entre cónyuges.

Sumario

I. Introducción; II. Origen, etimología y concepto de los vocablos *liberalitas* y *donatio*; III. Evolución de la donación en el derecho romano; IV. El principio que prohíbe las donaciones entre cónyuges en el derecho romano; V. Recepción del principio en el derecho intermedio; V. a) *Fuero Juzgo*; V. b) *Fuero Real*; V. c) *Las Siete Partidas*; V. d) *Las Leyes de Toro*; VI. Legislación comparada; VI. a) *Códigos europeos*; VI. b) *Códigos latinoamericanos*. VII. El principio que veda las donaciones entre cónyuges en el Código Civil de Vélez Sarsfield; VIII. La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; IX. Conclusiones; X. Bibliografía.

⁶³¹ Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina.

⁶³² Abogada. Profesora Adjunta Interina y JTP por concurso en la Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta Regular en las Facultades de Derecho de la Universidad de Flores y en la Universidad Católica de Salta. Investigadora categorizada (UBA).

I. Introducción

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, bajo la dirección de la profesora Mirta Beatriz Álvarez, con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina. El mismo plantea como objeto de investigación el principio que vedaba las donaciones realizadas entre cónyuges.

Analizaremos el origen y evolución de esta antigua prohibición en el derecho romano. Mientras algunos autores sostienen que se trata de un principio de carácter consuetudinario, otros en cambio le atribuyen un carácter legislativo.⁶³³

Abordaremos su desarrollo a través del derecho intermedio, su recepción en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield y cómo se encuentra legislado actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

II. Origen, etimología y concepto de los vocablos *liberalitas* y *donatio*

El vocablo *liberalitas* tiene su raíz en la palabra latina *liber* = libre, seguramente a través del adjetivo *liberalis* = liberal, que de significar originalmente lo “relativo a un hombre libre” pasó a designar aquello “digno de un hombre libre” en el sentido de su generosidad, es decir, generoso. Por consiguiente, *liberalitas* significa eso mismo, pero en sentido sustantivo y abstracto, como “liberalidad, generosidad, largueza o munificencia”. Sirve para traducir el griego *eleuthería*. Pero seguramente fue la consideración de que los actos de generosidad o munificencia se caracterizaban por ser libres, en el sentido de no debidos u obligados. Es que *liberalitas* terminó por identificarse, además, con tales actos en sí mismos.⁶³⁴

⁶³³ Biondi, B. (1960). *Sucesión testamentaria y donación*. Traducción al español de la 2ª edición por M. Fairén Guillén. Barcelona: Bosch, p. 665; D' Ors, A. (1989). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Eunsa, p. 387 y ss; Alarcón Palacio, Y. (2005). “Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación”. En *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. Nº 24. Barranquilla: Editorial de Universidad del Norte, p. 9.

⁶³⁴ Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La *liberalitas* en la donación”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 92. “Esta palabra (atestiguada ya para el siglo III a. C. en las comedias de Plauto) era usual en el lenguaje común, pero adquirió relevancia en el de los autores de escritos sobre ética y también en el jurídico”. Ernout, A. y Millet, A. (1959). *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots*. París: Librairie Cl. Klincksieck, s. v. “liber”, p. 355.

En el sentido jurídico, la liberalidad denota una categoría de actos. A ella pertenece por excelencia la donación y tanto, que incluso el nombre de la categoría se aplica a la especie. Existe una especialísima acepción de liberalidad, con la cual queda denotado el carácter que debe tener la atribución patrimonial en que consiste una donación: de ser libre, ya sea espontánea o no, en cuanto no dependa más que del arbitrio del que la confiere y no exista una exigencia jurídica que lo obligue.⁶³⁵

El vocablo *liberitas* se trató de un término de uso popular y que en la época clásica fue evitado por los juristas o utilizado con cierta repugnancia y los textos en que aparece se les hace sospechosos de alteraciones.⁶³⁶ Dentro de los juristas clásicos podemos mencionar el pasaje de Marciano, D. 50, 16, 214, en donde distingue claramente el significado de los términos *munus* y *dona*. El primero hace referencia a los obsequios que se deben ya sea por la ley, la costumbre o el imperio de quien tiene la potestad de mandar. Por tanto no son en este sentido liberales, es decir, el que los realiza no es libre para operarlos. Mientras que *dona* son los que se dan sin que se esté obligado ni por el derecho, ni por un deber moral o un oficio, y se prestan de manera espontánea por un donante. Si no se dan no existe una censura o represión alguna, es decir que esto implica la ausencia de toda obligación o deber. Toda *munus* (carga) es un *donum* (donativo), pero no al revés. En el mismo sentido Papiniano expresa el principio en D. 39. 5. 29, pr. y D. 50. 17. 82, se considera que se dona lo que se concede sin que a ello obligue ningún derecho.⁶³⁷ De la misma manera, Ulpiano en D. 50. 16. 194 expresa que la diferencia que existe entre un donativo (*donum*) y un regalo (*munus*), es igual a la que hay entre el género y la especie. Es así como el donativo es el género derivado de donar, por lo que resulta ser la categoría más amplia, y el regalo (*munus*) es la especie consistente

⁶³⁵ Álvarez-Salamanca, F. (2012). "La *liberalitas* en la donación". En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 92.

⁶³⁶ Prignsheim, F. (1953). "*Liberalitas*". En *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Milano: Giuffrè, I, p. 659 y ss.

⁶³⁷ Álvarez-Salamanca, F. (2012). "La *liberalitas* en la donación". En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 98 y ss. "De tal máxima se entiende que toda atribución patrimonial es donación siempre y cuando no exista ningún derecho que obligue al donante a hacerla, y es libre para hacerla y o no hacerla, depende de su mero arbitrio; es a esto a lo que se alude cuando se dice que tiene carácter liberal. Se puede pensar en que Papiniano, cuando señala que donar es aquello que se ejecuta '*nullo iure cogente*', equivale a lo que Marciano expresaba con lo que '*nulla necessitate iuris officii et sponte praestantur*'."

en una donación justificada por alguna causa extrínseca, como el nacimiento o el matrimonio.⁶³⁸

Desde Diocleciano, en el período postclásico, el término *liberalitas* adquirió importancia y comenzó a ofrecer diversas significaciones. El uso del mismo se identificaba a veces con el de *donatio*, y ambas palabras designaban lo mismo, pero en otros casos éstas no tuvieron relación alguna. Otras veces se extendió su campo entendiéndose como una categoría más amplia, que incluyó operaciones gratuitas entre las que se encontraba la donación.⁶³⁹

Fue con Justiniano que el vocablo *liberalitas* representó lo que se describe como “estado mental, generosidad o liberalidad”, es decir, un concepto más cercano al campo de la ética como virtud moral.⁶⁴⁰

El sustantivo *donatio-is* deriva de *donum-i*, cuyo significado corresponde al acto de dar, es decir, “donación, don, regalo, presente, dádiva, largueza, ofrenda”, entre otros, que tienen su origen en el verbo transitivo latino *dono* que corresponde a “dar, donar, hacer donación, regalar, distribuir o conceder”. Por tanto, la locución *donatio* aparece con posterioridad al sustantivo *donum-i* y al verbo *donare*. Paulo en D. 39, 6, 35, 1 manifiesta: “Donación fue llamada de don (*dono*), como cosa dada en don, habiendo sido tomada del griego (don y donar)”. La expresión *dono-dare* tiene un sentido muy riguroso en lo jurídico.

⁶³⁸ Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La *liberalitas* en la donación.” En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 99.

⁶³⁹ Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La *liberalitas* en la donación.” En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 100. “En C. 4. 6. 7; aquí encontramos que uno había donado algo a la mujer de otro, por un motivo: incitarla a que huyera con él. La donación, pues, nada tuvo de espontánea; pero tal motivo no implicó que el donante se hubiera encontrado obligado a donar, por lo que su existencia viene a resaltar el carácter liberal de la donación. Podemos decir que el término *liberalitas* es usado en esta Constitución tanto para referirse a la donación misma, como al carácter liberal que ésta ofrece. C. 5. 16. 18, esta Constitución versa sobre una donación entre cónyuges y por tanto prohibida. En este contexto la palabra *liberalitas* viene a significar la misma donación entre marido y mujer, que es de la que trata. Al igual que en las Constituciones anteriores en C. 8. 53. 24, el término *liberalitas* es para indicar a la donación misma. En cuanto al carácter liberal de la donación, esto es que el donante no puede encontrarse de ninguna manera compelido u obligado a donar, solo lo encontramos en C. 4, 6, 7.”

⁶⁴⁰ Prignsheim, F. (1953). “*Liberalitas*.” En *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Milano: Giuffrè, p. 683. “Este autor afirma que no fue Justiniano quien interpoló los textos en los que aparece la voz, sino que se trató de glosas a las que se les debe atribuir la alteración de los mismos.”

Dare es expresión de que la cosa es transferida en propiedad y *dono*, que lo es en forma gratuita por pura liberalidad.⁶⁴¹

Entre los autores latinos pertenecientes a los siglos III y II a. C., como Plauto, Ennio, Catón, Terencio Afer, Marco Terencio Varro, Salustio, Catulo, Virgilio, Horacio o Grattius, no recogieron en sus obras el sustantivo *donatio*, pero sí usaban el verbo *donare*. Sin embargo, en el siglo I a. C. emerge la locución *donatio*, lo cual aparece de manifiesto en las obras de Cicerón, Julio César y Tito Livio, es decir, con posterioridad a la *lex Cincia de donis et muneribus* del año 204 a. C. pero no podemos comprobar exactamente cuándo se comienza a usar en el lenguaje común latino, por las siguientes razones: a) la ley no es de *donationibus* sino que de *donis*; y b) además, esta legislación pertenece al siglo III a. C., por lo tanto, la aparición de la palabra *donatio* no es contemporánea a dicha *lex*.⁶⁴²

En la esfera propiamente jurídica, esto es, en las obras de los juristas clásicos y en las constituciones imperiales, no siempre aparece la palabra *donatio* en forma sola o pura, pues junto a ella suelen colocarse otras voces, como *donatio mortis causa*, *donatio non mortis causa*; *donatio perfecta*; *donatio revocabitur* y *donatio irrevocabilis*.⁶⁴³

⁶⁴¹ Ernout, A. y Millet, A. (1959). *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots*. París: Librairie Cl. Klincksieck, p. 320; Álvarez-Salamanca, F. (2014). "La terminología de los juristas romanos sobre la donación." En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. N° 36. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 102. "Es decir, *donatio* viene de don: es la cosa dada en don y el acto por el cual se da en don es el verbo donar." Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 263.

⁶⁴² Álvarez-Salamanca, F. (2014). "La terminología de los juristas romanos sobre la donación." En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. N° 36. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 104 y ss. "Algunos sostienen que la irrupción de la palabra *donatio* en el campo legal haya sido conocida por Quinto Mucio Scevola y por Trebacio. Una segunda posición es que, en forma definitiva, la palabra *donatio* apareció con Labeón. Entonces ambas posturas se encuentran en sintonía con la tesis de que la donación fue el desarrollo de la interpretación de la *lex Cincia* del año 204 a. C. Por consiguiente, el sustantivo *donatio*, la palabra propiamente tal, comienza a utilizarse en el siglo I. a. C., bien en la esfera extralegal, bien en el campo jurisprudencial o propiamente legal."

⁶⁴³ Álvarez-Salamanca, F. (2014). "La terminología de los juristas romanos sobre la donación." En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. N° 36. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 113 y ss. "En relación a la primera nomenclatura, *mortis causa-non mortis*, afirmamos que es probable que Justiniano se haya basado en el vocabulario *inter vivos* tomada de Ulpiano en D. 5. 2. 2. pr., la cual incorpora en I. 2. 7. 2 al momento de definir las donaciones *non mortis causa*, vocabulario que se mantiene subsistente la terminología clásica *mortis causa, et non mortis causa* en I. 2. 7 pr."

El derecho romano no abunda en definiciones, pero a través de su estudio es posible definir a la donación como “aquella causa gratuita por la que alguno (el donante) realiza a favor de otro (el donatario) el traspaso definitivo de derechos patrimoniales por la pura y simple intención de beneficiar”. La donación implica por tanto: a) una transmisión de derechos; b) la ausencia de una contraprestación; c) La intención del donante de realizar una liberalidad (*animus donandi*); d) el empobrecimiento del donante; e) el enriquecimiento del donatario.⁶⁴⁴

La donación podía atribuir propiedad, constituir un derecho de crédito a favor del donatario o liberado de una deuda.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 541. “La donación implica por tanto, una enajenación de derechos y al mismo tiempo exige la ausencia de cualquier causa justificativa de pago, aun cuando fuese una mera obligación natural, ya que la donación no debe ser una *solutio*. La intención del donante constituye lo que se llama *animus donandi*”; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 263. “Se habla de donación (*donatio*), cuando una persona (donante), sin que nadie lo obligue le atribuye a otra (donatario) de manera gratuita, ya la propiedad de una cosa u otro beneficio económico”; Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, p. 653. “Para que un negocio caiga bajo el concepto de donación, es necesario ante todo que produzca un aumento del patrimonio del donatario en detrimento del patrimonio del donante, ya consista el aumento en la adquisición de un derecho (propiedad, crédito), o en la liberación de una deuda o en la remoción de un límite al derecho preexistente (renuncia al usufructo o semejantes)”; Savigny, F. (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual, Tomo III*. Traducido del alemán por Ch. Guenoux; vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Cía, p. 12 y ss.

⁶⁴⁵ Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63, México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 60; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 740. “Con el tiempo el concepto de donación se aplicó no solo a los negocios traslativos de propiedad, sino a todos aquellos en los cuales un sujeto podía efectuar gratuitamente una concesión patrimonial, como pagar una deuda, o renunciar al ejercicio de un derecho”.

III. Evolución de la donación en el derecho romano

La donación en el derecho romano es una figura que se fue forjando en un ambiente de limitaciones, desde la época clásica a través de la interpretación de los juristas a los regímenes que pretendían limitar el hecho de que alguien se deshiciera de algo sin recibir nada a cambio, el cual podía revestir diversas formas para su realización. Fueron tantas las maneras de donar que, para no correr el riesgo de dejar fuera a alguna, es que tal vez los juristas no definieron la figura, lo que encierra una dificultad para comprender qué es lo que aquellos entendieron por la donación. Además, el esparcimiento de la donación en las fuentes, también repercute en el emplazamiento sistemático de la donación en los autores modernos quienes, en sus exposiciones sobre derecho romano clásico, carecen de consenso para determinar el lugar en que ella debe ser tratada.⁶⁴⁶

⁶⁴⁶ Álvarez-Salamanca, F. (2015). "Animus donandi". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Año 22. N° 2. Antofagasta: Editorial de la Universidad Católica del Norte, p. 222 y ss. "Introduce una complejidad al estudio el hecho de que en las fuentes la figura no se encuentra localizada en un lugar propio y acotado, sino esparcida entre distintas materias contenidas en las exposiciones de Derecho civil y pretorio. Es así como las obras que siguen el sistema de Sabino encontramos que sobre las donaciones solo Pomponio y Paulo se refieren a ellas. De las obras originales solo se conservan en Pomponio un fragmento de su libro 33 referido a las donaciones (en el resto del libro trata de las servidumbres) y en Paulo dos fragmentos de su libro 15, de la misma materia junto a la posesión, usucapión, y las servidumbres. No aparece hasta ese momento un título rubricado de *donationibus*. En el mismo sistema de Sabino, en el libro *De iure dotium*, aparece la rúbrica *De donationibus inter virum et uxorem*. Son Pomponio en su libro 14, Paulo en su libro 7 y Ulpiano en sus libros 32 y 33, quienes las tratan bajo este mismo título. Así, se observa que el sistema civilístico tuvo que crear una sección en donde tratar la antigua prohibición de donarse recíprocamente marido y mujer. Por tanto, el sistema de Sabino trata de la donación en relación a las siguientes materias: como *causa pro donato* en la usucapión y en las donaciones entre marido y mujer. En el sistema edictal y en los comentarios *ad edictum*, como no existió una acción para exigir una donación, no la encontramos tratada a la manera del sistema sabiniano, sino solo para sancionar la prohibición de donar bajo los términos de la *lex Cincia*, en la rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus (exceptio legis Cinciae)*. Esta tendencia la siguen las obras de tipo *digesta, quaestiones y responsa*, que mezclan el derecho pretorio con el civil. En los *Digesta* de Celso, Juliano, Marciano y Escévola, así como en las *Quaestiones y Responsa* en Papiniano, en las *Sententiae* de Paulo y en los *responsa* de Modestino, en las cuales se presenta la rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus*. En la época postclásica son los

Ni en el derecho romano antiguo, ni en el clásico, se configuró a la donación como negocio jurídico independiente. La misma consistía en transferir la propiedad de una cosa (*datio*) por razón de liberalidad (*donationis causa*). Por ello, la mera convención o pacto por el cual una persona prometía donar algo a otra no producía ningún efecto para las partes. Era simplemente la manifestación de una voluntad de querer donar, pero sin consecuencias prácticas. Si realmente se quería donar era necesario realizar el acto jurídico pertinente: la *mancipatio*, la *in iure cessio* (para las *res mancipi*), la *traditio* (para las *res non mancipi*), también se podía prometer por medio de una *stipulatio*, o si se trataba de la liberación de un deudor por una *acceptilatio* que extinguía la obligación *ipso iure* (C. 8. 44. 2), o por medio de un *pactum de non petendo* que daba al deudor la defensa de la *exceptio pacti conventi* (D. 20. 6. 1. 1).⁶⁴⁷ Para que fuera válida la donación era necesario

Fragmenta Vaticana las que mantienen este título. Este esparcimiento de la donación, se verá en cierta medida solucionado recién en la época postclásica, en que la materia comienza a ser tratada unitariamente, aunque esta no representa de ninguna manera su sistematización. Fue con el *Codex Theodosianus* (C. Th. 8, 12; 8, 13) en donde la rúbrica aparece abreviada como de *donationibus*, siguiendo el mismo modelo el *Corpus Iuris Civilis*, en el Código (C. 8. 53; 5. 3; 5. 16; 8. 54), en las *Institutiones* (I. 2. 7) y en el *Digesto* (D. 39. 5), reproduciendo estos las rúbricas de *donationibus*: "Podemos afirmar que entre los autores modernos existen tres tendencias para su regulación. La primera ubica esta figura en la parte del derecho de las obligaciones o de los contratos, como por ejemplo es el caso de Kaser y Di Pietro. La segunda, la expone como parte de la sucesión por causa de muerte, como se observa en Biondi entre otros. Y la tercera, más reciente, la trata como una parte especial y autónoma del denominado derecho de las liberalidades, como lo hace la escuela de D'Ors:" Savigny, F. (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual, Tomo III*. Traducido del alemán por Ch. Guenoux; vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Editorial F. Góngora y Cía, p. 7 y ss.

⁶⁴⁷ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma. p. 263 y ss; Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto". En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., p. 60. "La donación era solamente una causa de adquisición y no estaba protegida por una acción propia, sino por aquella correspondiente al negocio jurídico típico del cual se hubiera valido el donante (*mancipatio, in iure cessio, traditio, stipulatio, acceptilatio*, o un simple perdón de deuda); Arangio Ruiz, V. (1986). *Institutiones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, p. 653; Bonfante, P. (1965). *Institutiones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 541 y ss. Galiano Maritan, G. y Trujillo Ribot, Y. (2012). "La donación. Pautas teóricas que norman su contenido en el Código Civil Cubano". En *Revista de Derecho y Cambio Social*. Nº 30. Año IX. Lima- Perú, p. 2 y ss.

que quien la realizaba tuviera *animus donandi*, o sea la intensión de cumplir con la liberalidad.⁶⁴⁸

En un primer momento, los romanos desconfiaron de la transmisión de valores patrimoniales sin contraprestación, por lo que trataron a estos negocios en forma muy recelosa. Los juristas de la época buscaron proteger al donante y a la familia contra las donaciones indiscriminadas y en demasía, fruto de ello fue la sanción de la *Lex Cinciae donis et muneribus* del año 204 a. C., que en realidad era un plebiscito propuesto por el Tribuno de la Plebe *Cincius Alimentus*; que además de prohibir a los abogados recibir dinero o regalos para pleitear, prohibía hacer donaciones que pasen de un cierto monto, el cual se desconoce, estando exceptuados si fueren realizadas entre personas unidas entre sí por vínculos agnaticios, cognaticios y de afinidad.⁶⁴⁹

La *Lex Cincia* planteó al jurista, por primera vez, el problema de delinear el concepto de donación, para poder determinar en qué casos un negocio jurídico debería ser considerado como tal, y consecuentemente quedara encuadrado en

⁶⁴⁸ Álvarez-Salamanca, F. (2015). "Animus donandi". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Año 22. Nº 2. Antofagasta: Editorial de la Universidad Católica del Norte, p. 224 y ss; Martín, J. (2017). "La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino." En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 740; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 264. "La expresión clásica es *donationis causa*, que es bien objetiva. En cambio *animus donandi*, señala un aspecto subjetivo distinto, parece más bien una expresión de la época bizantina."

⁶⁴⁹ Martín, J. (2017). "La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino". En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 264 y ss. Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto." En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 61; Montserrat Quintana, A. (2006). "Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio: Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares". En *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Illes Balears*. Nº 8. Palma de Mallorca: Editorial de la Academia de Jurisprudencia y Legislación Illes Balears, p. 170; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 543 y ss; Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro, Buenos Aires: Depalma, p. 653.

el campo de aplicación de la ley. Esto provocó la distinción de dos categorías de donaciones: una, constituida por donaciones que no superaban la tasa legal impuesta o que se realizaban entre personas exceptuadas, sujetas por lo tanto al derecho antiguo; y otra, constituida por las donaciones superiores a la tasa entre personas no exceptuadas comprendidas bajo dicha ley.⁶⁵⁰

Esta ley era imperfecta, ya que carecía de sanción, no anulaba, ni aplicaba multas para las donaciones realizadas en contra de los límites impuestos. Fue el Pretor, al crear la *exceptio Legis Cinciae*, quien otorgó una defensa al donante, frente a la acción del donatario que reclamaba una donación excesiva, o mediante la *replicatio Legis Cinciae*, si había entregado la cosa donada. Los herederos del donante no podían valerse de la citada excepción, si el autor había muerto sin reclamar la donación excesiva conforme a la regla *Cincia morte removetur* (con la muerte se deja sin efecto la Ley Cincia). En el derecho postclásico, esta ley cayó en desuso. En ello pudieron influir tanto razones técnico-jurídicas como la incompatibilidad de esta disposición con las ideas caritativas del cristianismo de la época.⁶⁵¹

Fue Constantino quien reglamentó en forma diferente a la donación a través de una Constitución del año 316 d. C.; esto lo hizo para prevenir las dificultades de probarla. A partir de este emperador la donación se configuró como un negocio típico que debía cumplir tres requisitos: 1) la redacción de un escrito indicando las partes intervinientes, así como la cosa que se donaba;

⁶⁵⁰ Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto." En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 61; Martín, J. (2017). "La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino." En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. N° 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741.

⁶⁵¹ Martín, J. (2017). "La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino." En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. N° 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741; Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto." En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 61; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 265; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 544. "La Ley Cincia cayó en desuso debido a la desaparición de las formas civiles, que eran las únicas que podían dar seguridad contra los efectos demasiados graves de la ley, en la que se había ordenado un sistema que no impedía totalmente las donaciones, pero que exigía una voluntad meditada y una ejecución real".

2) la tradición efectiva de la cosa donada ante testigos; y 3) la testificación e inscripción del documento en los registros de los magistrados locales (*insinuatio*). Cumplidos estos requisitos la propiedad era del donatario.⁶⁵²

Justiniano tendió a una fusión entre las soluciones clásicas y postclásicas. Rescató el sentido de la donación como causa de adquisición del dominio, y la ubicó en las Institutas luego de las usucapiones y de las posesiones *longi temporis* (I. 2. 7. pr y 2), la separó de la trasmisión de la propiedad, mantuvo la distinción entre título (*donatio*) y modo (*traditio*). También elevó a la promesa de donación a la categoría de pacto legítimo sancionado por ley, así no se necesitaba recurrir a la *stipulatio*; se encontraba sancionado por una *actio ex lege* (C. 8. 54 (53). 35. 5- C. 8. 54 (53). 36. 3). Conservó la *insinuatio* para donaciones superiores a 500 sólidos de oro, aunque en un principio fueron de 300 sólidos de oro (C. 8. 54 (53). 34. pr). Estaban exentas de la insinuación las donaciones hechas al Emperador o por él, el rescate de cautivos, la destinadas a obras pías (C. 8. 54 (53). 34 y 36- C. 5. 12. 31).⁶⁵³

⁶⁵² Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 265. “El uso de la donación por documento viene de mucho tiempo antes. Parece haber sido requisito obligatorio establecido por Constancio Cloro, padre de Constantino (C. Th. 3. 5. 1). La *insinuatio* tenía una doble finalidad: por un lado el interés del donante y su familia, ya que es más difícil donar algo más o menos ligeramente, que proceder a su forma escrita y posterior registro. Y por el otro, el interés de los terceros, ya que la publicidad pone en guardia contra los peligros de una donación clandestina”; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 544; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino” En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 742. “Surge una nueva institución en los albores del siglo IV d. C: la Insinuación, que consistía en la necesidad de transcribir en Registros públicos el escrito donde se realizó la donación que supere los doscientos sólidos, aun cuando fuera entre personas exceptuadas por la ley. Si la donación superaba la tasa se consideraba nula en todo lo que excedía. Se exigía en interés de los donantes, su familia y de terceros, que por medio de la publicidad ponía obstáculos para las liberalidades clandestinas. Perfeccionada la donación entre vivos, el donante no puede revocarla en forma arbitraria, salvo autorización en ciertas causas especiales, una de ellas se configuraba cuando la donación se hace bajo ciertas cargas que se le imponían al donatario, si este no cumplía con las mismas el donante estaba facultado a exigir la restitución de lo donado.” Galiano Maritan, G. y Trujillo Ribot, Y. (2012). “La donación. Pautas teóricas que norman su contenido en el Código Civil Cubano”. En *Revista de Derecho y Cambio Social*. Nº 30. Año IX, Lima-Perú, p. 3.

La jurisprudencia romana estudió los diferentes aspectos que podían presentar las donaciones. Así aparecieron las diferentes clases o figuras especiales de donación: 1) donación sujeta a una carga (*donatio modal o sub modo*): imponía una carga (*modus*) al beneficiario, que debía realizar una prestación a favor del donante o de un tercero; 2) donación remuneratoria: tenía por objeto remunerar servicios hechos por el donatario al donante; 3) donación por causa de muerte (*mortis causa*): era efectuada en vista de un peligro inminente y se la hacía depender de la muerte del donante y de la supervivencia del donatario; 4) donaciones nupciales: por un lado debemos mencionar las donaciones *ante* y *propter nuptias* y por el otro las donaciones entre cónyuges. Respecto a las primeras eran las que realizaban los novios antes del matrimonio (*ante nuptias*); se condicionaron desde Constantino a la celebración del mismo, y no surtían efecto si éste no llegaba a celebrarse. Justiniano las configuró como una aportación correlativa a la dote y permitió que se hicieran también durante el matrimonio (*propter nuptias*). En cambio las donaciones entre cónyuges (*inter virum et uxorem*) fueron prohibidas (D. 24. 1. 1), salvo algunas excepciones.⁶⁵⁴

⁶⁵³ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 265 y ss; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 544 y ss; Juanes, N. (1973). "Naturaleza jurídica de la donación. Concepto y contenido. El problema en el Derecho Civil Argentino y en el Derecho Comparado." En *Revista Notarial de Córdoba*. Nº 26. Año 2. Córdoba: Editorial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, p. 2 y ss; Burillo Loshuertos, J. (1964). "Los pactos en el Derecho Romano." En *Anales de la Universidad de Murcia – Derecho*. Vol. XXII. Nº 3-4. Murcia: Editorial de la Universidad de Murcia, p. 167 y ss. "Pacto de constitución de dote: por una Constitución de Teodosio II y Valentiniano (C. Th. 3. 13. 4; C. 5. 11. 6), del año 428 d. C., ordena que el simple pacto de constituir la dote, aunque no se realice en forma de *dotis dictio* o *stipulatio* vincula al que se compromete a constituir la dote, en el sentido de que puede ser demandado si no cumple. En esta constitución imperial se usa en sentido atécnico, la palabra *pollicitatio*."

⁶⁵⁴ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 266 y ss y 325; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 213 y ss. y 545 y ss; Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto." En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 62 y ss; Montserrat Quintana, A. (2006). "Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio: Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares." En *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Illes Balears*. Nº 8. Palma de Mallorca: Editorial de la Academia de Jurisprudencia y Legislación Illes Balears, p. 163 y ss; Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 516 y ss; Alarcón Palació, Y. (2005). "Régimen patrimonial del matrimonio

IV. El principio que prohíbe las donaciones entre cónyuges en el derecho romano

No existe entre los romanistas unanimidad en cuanto a suministrar una explicación fundada del origen y fundamento de la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Algunos autores sostienen que deriva de la costumbre, basándose en D. 24. 1. 1, sin embargo parece poco probable que una prohibición absoluta como ésta apareciera consuetudinariamente. Otros, en cambio, sostienen que este principio se originó en la legislación matrimonial de Augusto y creen que la referencia que se hace en D. 24. 1. 3. pr., “nuestros antepasados...”, no se refiere precisamente a las *mores maiores*, sino a la *Lex Iulia et Papia Poppaea* de Augusto, para evitar que por medio de donaciones se evadieran las sanciones caducarias en las adquisiciones hereditarias. Además se destaca que hasta la época de este emperador la prohibición no se encontraba mencionada en las fuentes. Por otro lado, si bien los autores niegan el origen consuetudinario, creen que la prohibición no se debió a Augusto sino a una anterior regla de jurisprudencia pontifical.⁶⁵⁵

desde Roma hasta la Novísima Recopilación”. En *Revista de Derech.* Nº 24. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte, p. 9; Lozano Corbí, E. (1995). “Las donaciones nupciales en el Derecho Romano.” En *Revue internationale des droits de l' antiqué.* Nº 42. Bélgica: Ed. Office International des Périodiques, p. 221 y ss; Fernández-Sancho Tahoces, A. (2008). “Las donaciones otorgadas con ocasión del matrimonio de la mujer”. En *Mujeres y Derecho, pasado y presente - I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho.* Editorial Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, p. 83 y ss; Malavé Osuna, B. y Ortín García, C. (2004). “Pretium pudicitiae y donación nupcial”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos.* Nº 26. Vaparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 61 y ss.

⁶⁵⁵ Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano.* Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C. p. 67; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano.* Buenos Aires: Depalma, p. 324; Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano.* Buenos Aires: Depalma, p. 656; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano.* Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 214; García del Corral, D. I. (1897). *Cuerpo de Derecho Civil Romano, Tomos I, II, III, IV, V.* Barcelona: Lex Nova (reimpresión), p. 159. “D. 24. 1. 1: está admitido entre nosotros por la costumbre, que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer”. Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca”. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho.* Nº 1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 94 y ss; Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”.

En todo caso, parece cierto que la prohibición es posterior a la *Lex Cincia de donis et muneribus* (204 a. C), ya que esta ley al establecer una prohibición general de donar por encima de cierta suma, exceptuaba expresamente las donaciones que se hicieran los cónyuges. Aunque se la ha relacionado con la legislación augustea, en especial con las disposiciones sucesorias entre cónyuges, la relación no es definitiva, ya que la capacidad sucesoria de los cónyuges sólo fue limitada y la prohibición de donaciones era absoluta.⁶⁵⁶

Las razones que pudieron originar la prohibición de donaciones entre cónyuges fueron varias. Ulpiano, en D. 24. 1. 1, da como motivo un argumento que atañe a la moralidad romántica: “para que recíprocamente no se despojasen los cónyuges por su mutuo amor, no moderándose en las donaciones haciéndolas respecto de sí con dispendiosa facilidad”. También el jurista Paulo, en D. 24. 1. 2 menciona la opinión de Sexto Cecilio, en el sentido que: “se disolverían los matrimonios, si no donase el que no pudiera y por tal motivo

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México. México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 195; Calvo González, J. (1980). “Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges.” En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 446. “Dicha prohibición se sustancia en una época históricamente coincidente con el problema de la restitución de la dote por el marido ante la aparición y difusión del matrimonio libre y el auge del divorcio”; Guzmán Brito, A. (2005). “El emplazamiento sistemático de la donación entre vivos en las exposiciones jurisprudenciales y en las compilaciones legislativas romanas”. En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. Nº 27. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 44 y ss. D’ Ors, A. (1989). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Eunsa, p. 320.

⁶⁵⁶ Corral Talciani, H. (1999). “Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos.” En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 349; Guzmán Brito, A. (1996). *Derecho Privado Romano, Tomo II*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 603 y ss. “El origen de la prohibición puede haber estado en la expansión de la práctica del divorcio, que aumenta el riesgo de que se contraigan matrimonios para conseguir bienes del cónyuge rico o de que se den conductas extorsivas entre cónyuges para evitar el divorcio”; Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca.” En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 95; Biondi, B. (1965). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Guifré, p. 767; Calvo González, J. (1980). “Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges.” En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 446.

acontecería que los matrimonios serían venales”. Javoleno hace referencia en D. 24. 1. 64, caso famoso de Mecenas, víctima del abuso de su mujer que obtenía valiosos regalos bajo la amenaza de divorcio.⁶⁵⁷

Fuera de estas consideraciones, es probable que la prohibición se relacionara con la idea de que el matrimonio no debía producir transmisiones patrimoniales injustificadas, ocasionando el enriquecimiento de una familia a costa de la otra. Este principio no regía solo entre cónyuges, sino también respecto de donaciones hechas por un cónyuge a miembros de la otra familia, que por razón de estar *in potestate* pudieran encubrir una donación entre ellos (D. 24. 1. 3. 2. ss). La donación fue prohibida, no solo directamente sino también con persona interpuesta; pero si un elemento real o personal extraño intervenía y no podía separarse de los cónyuges, no se podía impedir la donación, pero si la separación fuera posible valdría lo demás y no la donación (D. 24. 1. 5. 2).⁶⁵⁸

Las donaciones entre cónyuges son nulas. Si se hubiere prometido donar por una *stipulatio*, es ineficaz (D. 24. 1. 3. 10). Si la cosa donada fue dada, el que

⁶⁵⁷ Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 68; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 324; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. N° 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741; Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*. México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 195.

⁶⁵⁸ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 324; Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 68 y ss. “Podía producirse de esta manera un desequilibrio económico entre las *domus*, aspecto muy importante en la vida romana antigua y que se refleja en el ámbito jurídico-social”. “Las donaciones estaban prohibidas sólo en el caso de *iustas nuptias*, así, la donación sería válida si el matrimonio no lo fuese, D. 24. 1. 3. Esta prohibición no solo incluía a los cónyuges sino a aquellas personas que estuvieran bajo la misma potestad que uno de ellos, o del marido. Por tanto, si la madre donaba algo a su hijo que estuviera bajo la potestad de su padre, la donación sería nula, pues la adquiriría el padre; salvo que el hijo la adquiriera para su *peculio castrense*; también valía la donación hecha por el hijo en relación con dicho *peculio*, D. 24. 1. 3. 4. El alcance de esta regla fue ampliado cuando aparecieron los *peculios: quasi castrense y adventicium irregulare*”.

donó tiene la *reivindicatio* para recobrarla y si la cosa se consumió, se podía reclamar por la *condictio* en la medida en que uno de ellos se haya enriquecido (D. 24. 1. 5. 18), además, lo que se retenía de una donación no permitida se entiende que se retenía sin causa o por causa injusta, en cuyos casos nacía la condición (D. 24. 1. 6).⁶⁵⁹

La jurisprudencia atenuó en gran medida el alcance de la prohibición de donaciones entre cónyuges mediante la creación de casos de excepción y permitiendo algunas veces una convalidación posterior a la disolución del matrimonio, ya fuera por muerte o por divorcio. Entre los casos en que se permitía la donación porque no había empobrecimiento del donante podemos mencionar: cuando el marido, a causa de donación, repudiaba una herencia, un legado, o entregaba un fideicomiso a su mujer sin quedarse con una determinada deducción. En los dos primeros casos el marido no perdía algo de su patrimonio; en el último se consideró que el marido más que hacer una donación cumplía sobradamente con el fideicomiso (D. 24. 1. 5. 13, 14 y 15- D. 24.1.29.1). En los supuestos en que se permitía la donación porque no había enriquecimiento del donatario encontramos aquellas donaciones hechas con el fin de sepultura (D. 24. 1. 5. 8-9 y 10); los casos en que la mujer gastara en relación con la obtención de un cargo (D. 24. 1. 5. 16 y 17, D. 24. 1. 41); y también las donaciones hechas con el fin de manumisión (D. 24. 1. 7. 9). Las adquisiciones en favor de la mujer por una causa no probada eran donaciones de su marido (D. 24. 1. 51), se consideraba que lo dudoso era como donado por el marido, convalidándose como *mortis causa*. También se permitieron las donaciones efectuadas recíprocamente entre los cónyuges y que fueran de igual valor, puesto que se admitió que se compensaban (D. 24. 1. 7. 2). Es obvio que aquí no existe empobrecimiento del

⁶⁵⁹ Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto". En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 68 y ss; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 324; Masot Miquel, M. (1982). "La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca". En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 95. "De todos modos, es de observar que las fuentes nos suministran datos expresivos de que, a pesar de la prohibición, se producían algunos efectos, al menos los relativos a la posibilidad de usucapir los bienes donados. Así, Pomponio en D. 41. 7. 5. pr, en los Comentarios a Sabino dice: "Si yo te hubiera comprado lo que poseías como abandonado, sabiendo yo que se hallaba en esta condición, consta que puedo usucapirlo, y no lo impide que no se hallara en tu patrimonio, pues vale el mismo principio cuando te he comprado a sabiendas una cosa que te ha donado tu mujer porque lo vendiste como si lo consintiera y permitiera quien tiene su propiedad".

donante ni el enriquecimiento del donatario. Entre los casos en que se permitían las donaciones por la ausencia del vínculo matrimonial podemos situar a las donaciones *ante nuptias* o *propter nuptias* (D. 24. 1. 5 pr); las que se hacían por causa de muerte (D. 24. 1. 9. 2) de las cuales Gayo decía que se admitían “porque la donación se realiza cuando dejan de ser marido y mujer” (D. 24. 1. 10), y que conforme a un principio posterior derivado del senadoconsulto de Severo y Caracalla, se consideraron como convalidadas por la muerte del donante (D. 24. 1. 32. pr. y ss.). Son válidas las donaciones realizadas en caso de destierro o exilio (D. 24. 1. 13. 1). Fueron admitidas las donaciones realizadas con motivo del divorcio (D. 24. 1. 11. 11 y D. 24. 1. 12).⁶⁶⁰

Un hito culminante en esta tendencia por restringir la prohibición lo representó el Senadoconsulto del año 206 d. C., propuesto por Septimio Severo y Caracalla, llamado en las fuentes *Oratio divi Antoni* o también *Oratio divi Severi* por dudarse cuál fue el autor del mismo. (D. 24. 1. 23). Este Senadoconsulto estableció que la donación entre cónyuges se convalidaría retroactivamente cuando el cónyuge donante muriera sin haber manifestado intención de revocarla. Es el mismo principio que inspiraba la regla “*morte Cincia removetur*” y que la jurisprudencia aplicaba para sanear las donaciones realizadas contra las normas de dicha ley. En principio, no había una conversión de la donación en una disposición testamentaria, sino que era el mismo acto donativo el que adquiría validez y eficacia.⁶⁶¹

⁶⁶⁰ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 324 y ss; Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 70 y ss; Corral Talciani, H. (1999). “Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 350; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 743.

⁶⁶¹ Corral Talciani, H. (1999). “Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 350; Biondi, B. (1960). *Sucesión testamentaria y donación*. Traducción al español de la 2ª edición por M. Fairén Guillén. Barcelona: Bosch, p. 679 y ss; Guzmán Brito, A. (1996). *Derecho Privado Romano, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 611. “Ello producía, en la práctica, la privación al heredero de la acción que tenía el causante para hacer valer la nulidad”; Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*.

El emperador Justino permitió que las donaciones pudieran aumentarse después de celebradas las nupcias (C. 5. 3. 19), en concepto de aumento de la dote, sin incurrir en la prohibición de las donaciones conyugales. Igualmente, Justiniano autorizó que el marido, por causa de la dote y con sujeción a los pactos dotales, pudiera hacer donaciones *post nuptias* a favor de la mujer, siempre que los bienes donados no excedieran de la cuantía de la dote (C. 5. 3. 20. 2).⁶⁶²

V. Recepción del principio en el derecho intermedio

V. a) *Fuero Juzgo*

Aceptó la validez de todas las donaciones que se hicieran los cónyuges después del primer año de matrimonio. Lo expresaba en el Libro III, titulado “*De los*

México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 195; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino.” En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741 y ss; Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca.” En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 96. “A pesar de lo cual, y aun después de haberse abierto un camino hacia la validez de las donaciones entre cónyuges a través de la *Oratio Divi Severi*, se encuentran nuevos textos que insisten en la prohibición. Posiblemente la explicación de este aparente contrasentido pueda estar en conseguir, mediante el efecto combinado de la prohibición y la *Oratio Divi Severi*, que las donaciones entre cónyuges sean revocables, para proteger las eventuales expectativas sucesorias de los hijos comunes, las cuales se podrían ver perjudicadas por efectos de un pacto sucesorio precipitado. Hay interés en evitar que los cónyuges se hagan donaciones irrevocables justamente para permitir que cualquiera de los padres, durante el matrimonio, pueda preferir los hijos al cónyuge”

⁶⁶² Montserrat Quintana, A. (2006). “Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio.” Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares.” En *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Illes Balears*. Nº 8. Palma de Mallorca: Editorial de la Academia de Jurisprudencia y Legislación Illes Balears, p. 163; Lozano Corbí, E. (1995). “Las donaciones nupciales en el Derecho Romano.” En *Revue internationale des droits de l'antiqué*. Nº 42. Bélgica: Editorial Office International des Périodiques, p. 227 y ss; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 325; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa, Madrid: Reus, p. 214 y ss.

casamientos e de las nascencias”, en el Título I, “Del ordenamiento de las bodas”, en la Ley VI, “Ley antigua. Titol quanto deve dar el marido a la mugier por arras de sus cosas, que expresaba: “Doncas si el marido despues que un anno oviere que es casado, por amor ó por grado quisier dar alguna cosa a la mujer, puede fazer libremientre” (F.J. 3.1.6). A su vez se relaciona también con el Libro V, “De las avencias é de las compras”, Título II, “De las donaciones”, en la Ley VII “De lo que da el marido a la muier ó la muier al marido”, en donde establecía: “Si el marido diere alguna cosa a la muier, faga escrito por su mano daquello quel diere ante dos testimonios o ante tres. E si la muier diere alguna cosa al marido, faga otro tal; é todavía que ie lo non faga fazer el marido por fuerza. E sea fecha en tal manera, que segund la donacion, la buena de cada uno sea asmada assí cuemo manda la ley” (F.J. 5.2.7). El Fuero Juzgo es la traducción del *Liber iudicorum* del derecho visigodo, la ley *cum dotibus*, contenida en el este cuerpo gótico concedió únicamente vigencia a la prohibición de donaciones entre cónyuges durante el primer año de matrimonio, pudiendo, tras dicho lapso de tiempo, hacerse los cónyuges donaciones. Posiblemente late en la norma el fundamento romano de evitar que los cónyuges *ne mutuo amore invicem spoliarentur*, así como la consideración de que estos efluvios amorosos, que llegan a tales extremos espoliatorios, son difícilmente previsibles tras el transcurso de un año de matrimonio.⁶⁶³

⁶⁶³ Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, p. 25 y 36; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 351; Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca.” En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 96 y ss; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 447 y ss. “Al dictado de la ley gótica *Liber iudicorum* de Chindasvinto, se añade por la modificación de Ervigio, un límite temporal (“un anno oviere que es casado”), a partir del cual los cónyuges son libres para donarse. Esta restricción relativa al primer año de vida matrimonial no era absoluta ya que, además de ser válidas las donaciones que no sobrepasaran lo pactado en *ante nuptias*, lo eran también las que excedieran ese monto siempre que se arbitrara la oportuna compensación dotal, en perfecta coherencia, pues, con el interés señalado del legislador por conservar la proporcionalidad. Consumado este término, que tenía por objeto fijar la cuantía de la *donatio*, y ya que luego de él lo normal sería la existencia ya de algún hijo en el matrimonio, la facultad de donar de marido o mujer, se vería constreñida por otros motivos, razón por lo que no había inconveniente en admitir el tipo de donaciones a que venimos refiriéndonos. Límite por presencia de hijos en el matrimonio recogido después, expresamente, en el Fuero Real.”

V. b) Fuero Real

Mantuvo la libertad de donar después de un año desde que se contrae el matrimonio, pero solo para los matrimonios sin descendencia. Esto se encontraba regulado en el Libro III, “*De los casamientos*”, en el Título XII, “*De las donaciones*”, en la Ley III, “*Como los casados se pueden dar algo si despues de un año no tuvieren fijos*”, que disponía: “*Si el marido quisiere dar algo a la muger, o la muger al marido no habiendo fijos, puedalo facer despues que fuere el año pasado desde casáren, é no ante: é si despues desta donacion hobieren fijo, no vala la donacion fuera quanto en su quinto...*” (F. R. 3. 12. 3).⁶⁶⁴

V. c) Las Siete Partidas

Retomaron los criterios del derecho romano y declararon nulas, aunque convalidables, todo tipo de donaciones entre cónyuges. Esto se encontraba regulado en la Partida IV, “*Que flaba de los desposorios, e de los casamientos*”, en el Título XI, “*De las dotes e de las donaciones: e de las arras*”, en la Ley IV, “*Quales donaciones non valen, que el marido e la muger fazen entre si, despues que el matrimonio fuere acabado, e en que manera se pueden desfazer*”, expresaba: “*Durando el matrimonio, fazen a las vegadas donaciones, el marido a la muger, o ella al marido, nopor razon de casamiento, mas por amor que han de consuno uno con otro. E tales donaciones como estas son defendidas, que las non fagan, porque non se engañen, despojandose el uno al otro, por amor que han de consuno: e porque el que fuesse escasso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. E porende, si las fizieren, despues que el matrimonio es acabado, non deven valer, si el uno se fiziere por ello mas rico e el otro mas pobre; fueras ende, si aquel que fiziesse tal donacion, nunca la revocasse, nin la desficiesse en su vida: ca estonce fincaria valedera. Mas si revocasse la donacion en su vida el que la fiziesse, diziendo señaladamente: Tal donacion como esta, que fize a mi muger,*

⁶⁶⁴ Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, p. 127; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 351; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 448 y ss. “Respecto al Fuero Real de España, éste acoge las normas del *Liber* y del Fuero Juzgo, añadiendo a la condición temporal de este, otra relativa al nacimiento de hijos en el matrimonio.”

non quiero que valga; o si callasse, non diziendo nada e la diesse despues a otro, o la vendiesse; o si muriessse aquel que rescibiera la donacion, ante de aquel que la fizo; desatarse y e por qualquier destas razones la donacion primera". También este ordenamiento legal recogió numerosas excepciones a la regla prohibitiva. Se consideraron válidas las donaciones *mortis causa*; las otorgadas para fines de piedad, de honor o dignidad de uno de los cónyuges; aquellas en que un cónyuge se enriquece sin empobrecerse el otro, o las que el cónyuge donante se empobrece sin enriquecerse el donatario; y todas las donaciones de poca importancia, que fueran mero símbolo de cariño o regocijo familiar, esto estaba legislado en la Ley V, "*Porque razones valen las donaciones que el marido, e la muger se fazen uno a otro*", y en la Ley VI, "*De que cosas podrían fazer donacion el marido; e la muger uno a otro; maguer el matrimonio fuesse acabado*". Todas estas excepciones eran en realidad las aportadas por la jurisprudencia y legislación imperial romana.⁶⁶⁵

⁶⁶⁵ Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, p. 499 y ss; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 351. "Las Leyes 5 y 6 del Título 11 de la Partida 4, excluye de la prohibición las liberalidades intra-conyugales que, o bien no empobrecen al donante, o bien no enriquecen al donatario"; Masot Miquel, M. (1982). "La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca" En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 97; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 450 y ss; Barrera Zamorategui, F. (1991). "La donación entre consortes". En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*. México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 195; García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial de F. Abienzo, p. 274 y ss. "En el Proyecto de García Goyena la regla prohibitiva se hallaba contenida en el art. 1259: 'Toda donación de un cónyuge a otro será nula...'; la norma se basaba en los fundamentos romanos como la moralidad romántica, o porque las donaciones entre esposos atentaban contra la honestidad del amor conyugal, o que las mismas podían ser motivo de rupturas matrimoniales, éstos argumentos fueron tomados por las Partidas (P. 4. 11. 4) y Goyena sostenía de manera enfática que 'estos mismos motivos hacen hoy y harán siempre necesaria la prohibición'. Pero el artículo 1259.2 del Proyecto disponía que la nulidad de las donaciones entre cónyuges no se extendía a 'los regalos módicos

V. d) Las Leyes de Toro

No recogieron específicamente la institución que tratamos, pero reiteraron la opinión de las Partidas sobre el fundamento de la prohibición. En los comentarios elaborados por don Juan Álvarez Posadilla, miembro del Consejo de S.M. y Fiscal del Crimen de la Audiencia de Valencia, en el dialogo que sostienen Abogado y Escribano, pregunta éste al examinar la Ley de Toro LII, cuáles son las donaciones que se llaman *inter virum et uxorem*: “*Toda simple donacion que se baga por el marido a la muger, o por la muger al marido, despues de consumado el matrimonio: estas donaciones están prohibidas*”, contesta el Abogado, “por evitar que a causa del mutuo amor el consorte más sagaz, y que menos ama, despoje al otro de sus bienes”.⁶⁶⁶

VI. Legislación comparada

Las legislaciones de diferentes países se ven ante la disyuntiva de mantener o suprimir el principio que veda las donaciones entre cónyuges. Algunas codificaciones permiten las donaciones entre consortes pero las mismas pueden ser revocadas; otras en cambio consagran la prohibición en toda su amplitud; algunos códigos autorizan la celebración de determinados contratos entre cónyuges mientras que prohíben otros, y finalmente hay regímenes legales modernos que nada dicen al respecto.

que los cónyuges acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia; estas eran liberalidades de uso, es decir, aquellas que se hacen siguiendo la costumbre o los usos sociales como los regalos de cumpleaños, de aniversario, o de bodas; el jurista español señala que ‘habría grosería y hasta barbarie en prohibir a los esposos estas inocentes finezas y muestras de cariño’”

⁶⁶⁶ Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, p. 725; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 451; Álvarez Posadilla, J. (1826). *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*. Madrid: Imprenta de don Antonio Martínez, p. 311.

VI. a) Códigos europeos

El antiguo Código Civil español de 1889 en el artículo 1334 prohibía las donaciones entre cónyuges, pero se exceptuaban los regalos módicos. Actualmente la legislación de este país en el artículo 1323 permite la contratación entre los cónyuges, pudiendo transmitirse entre ellos por cualquier título, bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. El Código Civil de Italia de 1865 estableció expresamente la prohibición absoluta en el artículo 1054, y el precepto fue mantenido en el Código Civil de 1942, en el artículo 781: “Los cónyuges no pueden, durante el matrimonio, hacerse el uno o a otro ninguna liberalidad, salvo aquellas conforme a los usos”. La norma deja muy atrás las matizaciones del derecho romano, dado que no hay posibilidad de convalidación y se prohíben no solo las donaciones sino también las liberalidades no donativas, excluyéndose solamente las de uso. No es extraño, pues, que la mantención de tan drástica prohibición haya suscitado la crítica generalizada de la doctrina. El Código Civil de Suiza en el artículo 177 dispone que: “Todos los actos jurídicos son permitidos entre esposos”. El artículo 1096 del Código Napoleón establecía que: “Todas las donaciones hechas entre cónyuges durante el matrimonio, aunque sean calificadas de entre vivos, serán siempre revocables. La revocación podrá ser hecha por la mujer sin ser autorizada por el marido o por la justicia. Estas donaciones no serán revocadas por la sobreveniencia de hijos”. A partir de la reforma legislativa del año 1985 operada en Francia se consagró la libertad de contratación entre cónyuges. El Código prusiano de 1794, el Código austriaco de 1810 y el Código Civil alemán de 1900 (BGB) suprimen del todo la prohibición.⁶⁶⁷

⁶⁶⁷ Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca”. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 97; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 457 y ss; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 352; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 748 y ss; Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación - Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación - Códigos Internacionales, www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html; Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p. 33 y ss.

VI. b) Códigos latinoamericanos

El Código Civil Federal mexicano regula en sus artículos 232 a 234 sobre las donaciones entre consortes. Artículo 232: “Los consortes pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos”. Artículo 233: “Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas por los donantes, mientras subsista el matrimonio, cuando exista causa justificada para ello, a juicio del Juez. Artículo 234: “Estas donaciones no se anularán por la superveniencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas, en los mismos términos que las comunes”. El Código Civil venezolano establece en el artículo 1451 que: “Las donaciones entre cónyuges son siempre revocables por la sola voluntad del donante, manifestada expresamente en la misma forma en que hayan sido realizadas aquéllas. La revocatoria deberá ser notificada por el donante al donatario o a sus herederos”. El Código Civil de Chile en el artículo 1138 dispone que: “Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra. Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables”. El antiguo Código Civil peruano en el artículo 1339, prohibía la celebración de contratos entre marido y mujer, con excepción del contrato de mandato. En la actualidad su Código vigente no incluye ninguna normativa que prohíba la contratación entre cónyuges. El Código Civil de Panamá permite en el artículo 1167 la contratación entre los cónyuges, siempre que tengan un régimen de separación de bienes.⁶⁶⁸

⁶⁶⁸ Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*. México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 196; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 353 y ss; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 749; Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, Códigos Civiles en <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>, Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación - Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación - Códigos Internacionales: www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html.

VII. El principio que veda las donaciones entre cónyuges en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El diseño de Vélez Sarsfield respondió a un estilo patriarcal de familia que se estructuraba a partir de relaciones jerárquicas entre sus miembros, con una dinámica basada en la distribución dicotómica de roles de la pareja matrimonial. Esta distribución aseguraba la dependencia recíproca aunque uno de ellos estuviera en una posición de debilidad. Mientras la mujer se concentraba en la organización del consumo, las labores domésticas y la atención de los hijos, el marido era el sostén económico que desempeñaba tareas remuneradas fuera del hogar. Como correlato jurídico, la mujer casada era incapaz de hecho, por ende excluida de toda posibilidad de decidir cuestiones patrimoniales y el marido tenía la administración de los bienes del matrimonio y de los pertenecientes a los hijos.⁶⁶⁹

En el viejo código podía verse una base prohibitiva en el carácter imperativo del régimen patrimonial del matrimonio, que no les permitía a los cónyuges efectuar convenciones que lo alteren. Es decir, era un régimen patrimonial único, legal, forzoso, inmodificable e inmutable. Se trataba de una comunidad restringida de gananciales cuya gestión correspondía al marido (artículos 1217, 1218, 1219 y concs. Código Civil).⁶⁷⁰

⁶⁶⁹ Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley -Thomson Reuters, p. 17 y ss; Mizrahi, M. (2006). *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, p. 61.

⁶⁷⁰ Zanoni, E. (1998). *Derecho de familia, Tomo I*, Buenos Aires: Astrea, p. 453 y ss; Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p. 3 y ss; Fleitas Ortíz de Rozas, A. y Roveda, E. (2001). *Régimen de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: La Ley, p. 1 y ss; Borda, G. (1989). *Tratado de Derecho de familia, Tomo I*. Buenos Aires: Perrot, p. 195 y ss; Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley-Thomson Reuters, p. 18. "Con ello se pretendían asegurar los fines éticos y morales de la familia, evitar conflictos de naturaleza económica entre sus miembros, proteger a la mujer (parte débil de la relación) y a los terceros". Alonso Reina, C., Méndez, R. Robba, M. y Sasso, M. (2013). "Contratos de compraventa y donación entre contrayentes." En *Revista Aequitas*. Nº 19. Vol 7. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, p.3. "En la extensa nota al Título II del Código Civil Argentino, Vélez explicaba que, en casi todas las materias que comprende este título, se separó de los códigos antiguos y modernos, en atención a las costumbres de nuestro país y a las funestas consecuencias de la legislación sobre los bienes dotales y en la intención

La regulación en materia de relaciones económicas entre los cónyuges fue objeto de modificaciones parciales a través de las leyes 11.357, decreto ley 9983/57, ley 14.467, sobre los derechos civiles de la mujer; la ley 17.711, que incorporó el sistema de gestión separada en cabeza de cada cónyuge respecto de sus bienes propios y gananciales, además de una necesaria conformidad de ambos en todos los actos de disposición con mayor trascendencia de índole patrimonial, y la ley 23.525 sobre divorcio vincular.⁶⁷¹

En principio, la regla en nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratación era la autonomía de la voluntad, conforme el cual las convenciones libremente celebradas entre partes eran válidas y tenían fuerza de ley, así lo establecían los artículos 1137, 1197 del Código Civil y el artículo 19 de la Constitución Nacional; y solo se encontraban excluidos, en razón de la capacidad o del objeto, los supuestos expresamente prohibidos por la ley (artículos 953, 1160, 1168 y concs., Código Civil). A pesar de lo dicho, el matrimonio traía aparejado el establecimiento de ciertas incapacidades de derecho para los cónyuges que constituían verdaderas excepciones al principio enunciado.⁶⁷²

de evitar los resultados de los privilegios dotales. En relación al tema que nos ocupa decía que, en Europa, no había matrimonio que no sea precedido de un contrato entre los esposos, tanto sobre los bienes respectivos, como sobre su administración; derechos reservados a la mujer, limitaciones a la facultad del marido, renuncia o modificaciones de los beneficios de la sociedad conyugal, etc., y que en nuestro país nunca se permitieron los contratos de matrimonio, ya que no parecían necesarios, ni hacían más felices a los matrimonios. Sostenía así que la sociedad conyugal sería puramente legal, permitiendo sólo aquellas convenciones que se juzgaban enteramente necesarias para los esposos y para el derecho de terceros.”

⁶⁷¹ Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino.” En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 746; Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley -Thomson Reuters, p. 18.

⁶⁷² Medina, G. y Berousse, M. (2002). “Compraventa entre cónyuges. Régimen actual, proyectos de reforma y derecho comparado”. En *Revista Jurídica UCES*. Nº 5. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, p. 39 y ss; Roveda, E. (2016). “Contratos entre cónyuges”. En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, 20/4/2016, Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11. “El artículo 19 de la CN establece que todo lo que no está prohibido está permitido, por lo que, en tanto no exista una norma expresa que declare la prohibición de contratar entre cónyuges, está permitido hacerlo”. Sabsay, D. y Onaíndia, J. (1994). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Buenos Aires: Errepar, p. 71 y ss.

Si bien el Código de Vélez no contenía una norma genérica que autorizaba o que prohibía la celebración de contratos entre los cónyuges, existían prohibiciones expresas de realizar ciertos contratos, así como otros que resultaban permitidos. El derogado artículo 1807, inciso 1º del Código Civil disponía: “No pueden hacer donaciones: los esposos, el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien este sea heredero presunto al tiempo de la donación”. El artículo 1820 añadía: “Las donaciones mutuas no son admitidas entre esposos”. La prohibición era absoluta, pero comprendía solo las donaciones y no las liberalidades enunciadas en el artículo 1791, pues suponían una entrega gratuita, pero sin transferencia de dominio. Así lo establecía el inciso 8 del mismo: “Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas”. A su vez, el artículo 3480 admitió las liberalidades en la medida en que sean razonables: alimentos, gastos para educación, deudas de ascendientes y descendientes, regalos de uso o amistad.⁶⁷³

Las razones que motivaron la prohibición de contratación entre cónyuges fueron la necesidad de la conservación de los bienes dentro de la familia, dado que de otra forma se produciría conflictos de intereses, donde podían poner a los contrayentes en lugar de deudor y acreedor, acarreando enfrentamientos en litigios judiciales, en contra de la idea de unidad familiar, también se tendía a mantener intacto el régimen patrimonial del matrimonio, que era de orden público y de comunidad; y al mismo tiempo trataba de evitar el traspaso de

⁶⁷³ Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p. 34 y ss; Zanoni, E. (1998). *Derecho de familia, Tomo I*. Buenos Aires: Astrea, p. 638 y ss. Bossert, G. y Zanoni, E. (1995). *Manual de familia*. Buenos Aires: Astrea, p. 284 y ss; Garrido, R. y Zago, J. (1991). *Contratos civiles y comerciales. Parte especial*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 437 y ss; Borda, G. (1983). *Tratado de Derecho Civil. Contratos. Tomo II*. Buenos Aires: Perrot, p. 402 y ss; BORDA, G. (1983). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Perrot, p. 676 y ss; Medina, G. y Berousse, M. (2002). “Compraventa entre cónyuges. Régimen actual, proyectos de reforma y derecho comparado”. En *Revista Jurídica UCES*. Nº 5. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, p. 40. “Lo que se intenta proteger es la realización de donaciones simuladas”. Schipani, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la Traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 528 y ss; Gatti, H. (1960). *Contratación entre cónyuges*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 82 y ss. “Si el artículo 1807 del Código Civil prohíbe la donación entre cónyuges sería fácil burlarlo mediante donaciones simuladas bajo la apariencia de un contrato oneroso.”

bienes de un cónyuge al otro durante la vigencia del matrimonio con el fin de defraudar a los acreedores, o a los futuros herederos legitimarios.⁶⁷⁴

VIII. La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Las consecuencias económicas del matrimonio están reguladas en el Código Civil y Comercial en el Libro Segundo sobre las “Relaciones de familia”, en el Título II sobre el “Régimen patrimonial del matrimonio”. El nuevo diseño reconoce que la realidad de las actuales familias argentinas es muy diferente a la de antaño, que hay una creciente democratización en sus estructuras, y múltiples formas de organización económica, que no encontraban respuesta en el sistema único y forzoso que imponía el derogado Código Civil de Vélez. Existe una nueva una esfera real y concreta de libertad permitida para los esposos dado que pueden celebrar convenciones matrimoniales para elegir entre el régimen de separación de bienes o de comunidad, así como también cambiar el régimen elegido inicialmente, o el legal que se aplicaba supletoriamente (artículos 446 al 449; artículos 463 y 505 del Código Civil y Comercial).⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ Silva, R. (2015). *Donaciones en el Nuevo Código Civil y Comercial*. Corrientes: Ateneo de Estudios e Investigaciones del Colegio de Escribanos de Corrientes, p. 7. “Esta prohibición enmarcó la contratación entre cónyuges y aún con las reformas que posteriormente sufrió el Código de Vélez sobrevivió, dado que tenía carácter de orden público. La doctrina mayoritariamente entendía que Vélez estableció en materia de contratación entre cónyuges prohibiciones específicas y no genéricas” Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p. 33 y ss; Roveda, E. (2016). “Contratos entre cónyuges” En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, 20/4/2016, Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11 y ss.

⁶⁷⁵ Molina de Juan, M. (2015). “Algunos interrogantes sobre la capacidad contractual de los cónyuges en el Código Civil y Comercial. Marchas y contramarchas.” En *DIP- Cuántico-Diario de Familia y Sucesiones Derecho para Innovar*. Doctrina en dos páginas. Nº 13. Año 2. Buenos Aires: Editorial L. Pacheco Barassi, M. Puig y N. Tolosa, p. 1; Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 1*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 352 y ss; Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*, Buenos Aires: La Ley-Thomson Reuters, p. 19 y ss; Bueres, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Artículos 401-723, Relaciones de familia, Tomo 2*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 160 y ss.

Sin embargo, en relación a la capacidad contractual de los cónyuges, ha sufrido una alteración que va en sentido contrario a los criterios modernos y a los principios de autonomía e igualdad. En el Libro Tercero, “Derechos Personales”, en el Título II, sobre “Contratos en General”, en el Capítulo IV, “Incapacidad e inhabilidad para contratar”, en el artículo 1002, en el inciso d) dispone: “No pueden contratar en interés propio... los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí...”. De manera que se contempla una incapacidad especial en razón del matrimonio cuando los cónyuges se encuentran bajo el régimen de comunidad. Inversamente, si los cónyuges optaron por el régimen de separación de bienes gozan de libertad contractual y, por lo tanto, podrán donarse válidamente.⁶⁷⁶

⁶⁷⁶ Solari, N. (2017). *Derecho de las familias*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, p. 263 y ss; Azpiri, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 149 y ss; Azpiri, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 92 y ss. Silva, R. (2015). *Donaciones en el Nuevo Código Civil y Comercial*. Corrientes: Ateneo de Estudios e Investigaciones del Colegio de Escribanos de Corrientes, p. 7. “Cabe señalar que aunque se lo titule como inhabilidad para contratar en realidad se trata de un verdadera incapacidad de derecho específicamente determinada, esto se deduce de la interpretación del artículo 22 del Código Civil y Comercial”; Iglesias, M. (2015). “El derecho contractual como herramienta preventiva durante la vida de los cónyuges y luego de la muerte de ellos. (Con especial referencia a las convenciones matrimoniales y la partición donación por ascendientes)”. En *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*. Nº 70. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 195; Camarota, N. (2017). “El contrato de donación en el Código Civil y Comercial”. En *Jurisprudencia Argentina*. Fasc. 3, T. 2017-1. Buenos Aires: La Ley, p. 1016 y ss. “El artículo 1548 establece el principio general de que solo las personas que tienen capacidad de disponer de sus bienes pueden realizar donaciones. En referencia a los menores emancipados, el artículo 28, inciso c) prohíbe a éstos donar bienes adquiridos a título gratuito, mas esta prohibición es subsanada por el artículo 692, que faculta a los progenitores a solicitar la autorización judicial para disponer de los bienes de los hijos. Respecto de los tutores y curadores, el Código adopta el mismo criterio (artículos 121 y 138)”; D’ Alessio, C. (2015). “El contrato de donación en el Código Civil y Comercial”. En *Revista digital Pensamiento Civil- Doctrina*. Buenos Aires: Asociación Pensamiento Civil, p. 3; Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 1*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 578 y ss; Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 2*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 100; Roveda, E. (2016). “Contratos entre cónyuges”. En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*. 20/4/2016. Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11 y ss. “La técnica legislativa utilizada donde se establece una prohibición genérica implica un retroceso con relación al régimen anterior, donde algunos contratos se encontraban permitidos, siendo ahora una prohibición de carácter total”.

El fundamento que se esgrimió para la incorporación de esta norma es evitar el fraude a los acreedores de alguno de los cónyuges, pero en realidad el ordenamiento permite cambiar de régimen, pasando del de comunidad al de separación y viceversa (artículo 449 del Código Civil y Comercial). Como consecuencia de ello, si éste es el ánimo de los cónyuges, les bastara con cambiarse de régimen al de separación de bienes y con ello recuperar la capacidad para contratar entre sí. Debíó haberse establecido la prohibición por la calidad de cónyuges, con independencia del régimen a que se hallen sometidos, pues también los cónyuges separados de bienes pueden celebrar actos fraudulentos en perjuicio de los acreedores mediante enajenaciones simuladas del uno al otro, o donaciones francas que provoquen la insolvencia del cónyuge donante, entre otros supuestos.⁶⁷⁷

Se sustituyó la regla de libertad contractual por la de incapacidad contractual. Esta fórmula impide realizar aquellos contratos que actualmente se consideran permitidos (depósito, comodato, mutuo, fianza, etc.), resultando además contradictoria con la reforma en materia societaria, que habilita a los esposos a integrar todo tipo de sociedades.⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ Azpiri, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 150 y ss; Azpiri, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 92 y ss; Arianna, C. (2014). "Convenciones matrimoniales y contratos entre cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial". En *Revista de Derecho de familia*. Nº 66. Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 144; Roveda, E. (2016). "Contratos entre cónyuges". En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*. 20/4/2016. Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11 y ss.

⁶⁷⁸ Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley–Thomson Reuters, p. 29; Molina de Juan, M. (2015). "Algunos interrogantes sobre la capacidad contractual de los cónyuges en el Código Civil y Comercial. Marchas y contramarchas". En *DIP- Cuántico- Diario de Familia y Sucesiones Derecho para Innovar*. Doctrina en dos páginas. Nº 13. Año 2. Buenos Aires: Editorial L. Pacheco Barassi, M. Puig y N. Tolosa, p. 264 y ss. "La inhabilidad especial para contratar consagrada en el artículo 1002, inc. d) del Código Civil y Comercial, para los cónyuges que se encuentran sometidos al régimen de comunidad, evidencia cuatro inconsistencias: 1) De naturaleza constitucional. La restricción de la libertad contractual a los cónyuges por estar sometidos a éste régimen no tiene argumentos valederos. La norma no supera el test de constitucionalidad, debiendo declararse la inconstitucionalidad de la misma; 2) En el contexto general del Código Civil y Comercial, se destaca la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial, otorgándose mayor espacio a la misma; 3) La restricción no encuentra sintonía con la libertad en materia de sociedad entre cónyuges; 4) La distinción arbitraria de dicha inhabilidad especial según se hallan sujetos al régimen de comunidad o de separación de

La doctrina se ha expedido sobre la conveniencia de ampliar la prohibición a ambos regímenes, aunque esta posición no es unánime, ya que otros autores defienden el régimen original del Anteproyecto, que establecía la libertad absoluta en la materia.⁶⁷⁹

IX. Conclusiones

Actualmente, los cambios socioculturales, la visión constitucional del derecho de familia, el reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges, la igualdad alcanzada por la mujer en distintos campos, las transformaciones en las relaciones personales, hicieron que se regularan de manera diferente las relaciones patrimoniales familiares. Pero a pesar de ello, la capacidad contractual de los cónyuges ha sufrido una alteración que va en sentido contrario a los principios de autonomía, igualdad, y libre contratación, debido a la incorporación del artículo 1002, inc. d), en el Código Civil y Comercial de la Nación. Allí se establece una prohibición absoluta en materia de contratación entre esposos que optaron por el régimen de comunidad de bienes, por lo tanto subsiste en cierta forma en nuestra legislación el principio romano que veda las donaciones entre cónyuges.

bienes. Fuera de esta inhabilidad especial para contratar entre sí, que operaría como principio general hay dos situaciones específicas que quedan fuera de esta norma: el mandato y la constitución de sociedades entre ellos:

⁶⁷⁹ Roveda, E. (2016). "Contratos entre cónyuges". En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*. 20/4/2016. Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11 y ss; Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley–Thomson Reuters, p. 29. "El texto presentado por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial suprimió las prohibiciones para contratar entre cónyuges previstas en la regulación de los contratos especiales del Código Civil. No replicó las normas dispuestas para la compraventa ni para las donaciones, y las únicas disposiciones que se referían específicamente a los contratos entre cónyuges eran el artículo 459 (mandato entre cónyuges) y la modificación al artículo 27 de la Ley de Sociedades Comerciales que dice: "Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la sección IV". En consecuencia, en la propuesta originaria no existían restricciones para contratar fundadas en la condición de cónyuges, sino que resultaban aplicables los principios y normas relativas a la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos".

X. Bibliografía

Alarcón Palacio, Y. (2005). “Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación”. En *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. N° 24. Barranquilla: Editorial de la Universidad del Norte.

Alonso Reina, C., Méndez, R., Robba, M. y Sasso, M. (2013). “Contratos de compraventa y donación entre contrayentes”. En *Revista Aequitas*. N° 19. Vol 7. Buenos Aires, Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Álvarez Posadilla, J. (1826). *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*. Madrid: Imprenta de don Antonio Martínez.

Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La liberalitas en la donación”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. N° 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Álvarez-Salamanca, F. (2014). “La terminología de los juristas romanos sobre la donación”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. N° 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Álvarez-Salamanca, F. (2015). “Animus donandi”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Año 22. N° 2. Antofagasta: Editorial de la Universidad Católica del Norte.

Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

Arianna, C. (2014). “Convenciones matrimoniales y contratos entre cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. En *Revista de Derecho de familia*. N° 66. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Azpiri, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.

Azpiri, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.

Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”. En *Revista de*

la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México, México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma.

Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación. Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación. Códigos Internacionales. www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html.

Biondi, B. (1960). *Sucesión testamentaria y donación*. Traducción al español de la 2ª edición por M. Fairén Guillén. Barcelona: Bosch.

Biondi, B. (1965). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Guifré.

Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus.

Borda, G. (1989). *Tratado de Derecho de familia, Tomo I*. Buenos Aires: Perrot.

Borda, G. (1983). *Tratado de Derecho Civil. Contratos, Tomo II*. Buenos Aires: Perrot.

Borda, G. (1983). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Perrot.

Bossert, G. y Zanoni, E. (1995). *Manual de familia*. Buenos Aires: Astrea.

Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomos 1 y 2*. Buenos Aires: Hammurabi.

Bueres, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Artículos 401–723, Relaciones de familia, Tomo 2*, Buenos Aires: Hammurabi.

Burillo Loshuertos, J. (1964). “*Los pactos en el Derecho Romano*”. En *Anales de la Universidad de Murcia – Derecho*. Vol. XXII. Nº 3-4. Murcia: Editorial de la Universidad de Murcia.

Calvo González, J. (1980). “Abstracción y deshistorización de la norma: a

propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. N° 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Camarota, N. (2017). “El contrato de donación en el Código Civil y Comercial”. En *Jurisprudencia Argentina*. Fasc. 3. T. 2017-1. Buenos Aires: La Ley.

Corral Talciani, H. (1999). “Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. N° 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

D’ Alessio, C. (2015). *El contrato de donación en el Código Civil y Comercial*. En *Revista digital Pensamiento Civil- Doctrina*. Buenos Aires: Asociación Pensamiento Civil.

Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.

D’ Ors, A. (1989). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Eunsa.

Ernout, A. y Millet, A. (1959). *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots*. París: Librairie Cl. Klincksieck.

Fernández-Sancho Tahoces, A. (2008). “Las donaciones otorgadas con ocasión del matrimonio de la mujer”. En *Mujeres y Derecho, pasado y presente, I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho*. Editorial Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Fleitas Ortíz de Rozas, A. y Roveda, E. (2001). *Régimen de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: La Ley.

Galiano Maritan, G. y Trujillo Ribot, Y. (2012). “La donación. Pautas teóricas que norman su contenido en el Código Civil Cubano”. En *Revista de Derecho y Cambio Social*. N° 30. Año IX. Lima-Perú.

García del Corral, D. I. (1897). *Cuerpo de Derecho Civil Romano. Tomos I, II, III, IV, V*. Barcelona: Lex Nova (reimpresión).

García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Tomo III*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial de F. Abienzo.

Garrido, R. y Zago, J. (1991). *Contratos civiles y comerciales. Parte especial*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Gatti, H. (1960). *Contratación entre cónyuges*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Guzmán Brito, A. (2005). “El emplazamiento sistemático de la donación entre vivos en las exposiciones jurisprudenciales y en las compilaciones legislativas romanas”. En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. N° 27. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Guzmán Brito, A. (1996). *Derecho Privado Romano, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Iglesias, M. (2015). “El derecho contractual como herramienta preventiva durante la vida de los cónyuges y luego de la muerte de ellos. (Con especial referencia a las convenciones matrimoniales y la partición donación por ascendientes)”. En *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*. N° 70. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Lozano Corbí, E. (1995). *Las donaciones nupciales en el Derecho Romano*. En *Revue internationale des droits de l'antiqué*. N° 42. Bélgica: Office International des Périodiques.

Malavé Osuna, B. y Ortín García, C. (2004). “Pretium pudicitiae y donación nupcial”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. N° 26. Valparaíso: Editorial Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. N° 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal.

Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca”. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. N° 1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca.

Medina, G. y Berousse, M. (2002). “Compraventa entre cónyuges. Régimen actual, proyectos de reforma y derecho comparado”. En *Revista Jurídica UCES*. N° 5. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

Mizrahi, M. (2006). *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea.

Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley–Thomson Reuters.

Molina de Juan, M. (2015). “Algunos interrogantes sobre la capacidad contractual de los cónyuges en el Código Civil y Comercial. Marchas y contramarchas”. En *DIP. Cuántico. Diario de Familia y Sucesiones Derecho para Innovar. Doctrina en dos páginas*. N° 13. Año 2. Buenos Aires: Editorial L. Pacheco Barassi, M. Puig y N. Tolosa.

Montserrat Quintana, A. (2006). “Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio”. Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares”. En *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Illes Balears*. N° 8. Palma de Mallorca: Academia de Jurisprudencia y Legislación Illes Balears.

Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México DF: Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C.

Prignsheim, F. (1953). “Liberalitas”. En *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Milano: Giuffrè.

Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Códigos Civiles. En <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Roveda, E. (2016). “Contratos entre cónyuges”. En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, J. A. A. P, 20/4/2016. Buenos Aires: Thomson Reuters.

Sabsay, D. y Onaindía, J. (1994). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Buenos Aires: Errepar.

Savigny, F. (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual, Tomo III*. Traducido

del alemán por Ch. Guenoux; vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Cía.

Schipani, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la Traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Silva, R. (2015). *Donaciones en el Nuevo Código Civil y Comercial*. Corrientes: Ateneo de Estudios e Investigaciones del Colegio de Escribanos de Corrientes.

Solari, N. (2017). *Derecho de las familias*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.

Zanoni, E. (1998). *Derecho de familia, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Criterio romano en un dictamen de Vélez Sarsfield sobre facultades de la policía

Por Claudia Somovilla⁶⁸⁰

I. Introducción

Dalmacio Vélez Sarsfield fue Asesor de Gobierno del Estado de Buenos Aires durante la administración de Pastor Obligado.⁶⁸¹ En 1858 –en el desempeño de sus funciones– elaboró un dictamen sobre las facultades de la policía para allanar las casas de los particulares en asuntos criminales; este es el caso que nos ocupa. En su argumentación considera, cita y analiza diversas fuentes.

El escrito en cuestión se encuentra en el volumen XI de la *Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino* –adhiriendo a la conmemoración del centenario de la sanción del Código Civil–, del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, llamado “Dalmacio Vélez Sarsfield-Escritos Jurídicos”, publicados en Buenos Aires por Abeledo Perrot en 1971, páginas 329-334. El caso fue publicado –se informa en dicho volumen– en *La Tribuna de Buenos Aires* el 28 de mayo de 1858.

⁶⁸⁰ Abogada (Universidad del Salvador). Profesora en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Profesora Asociada de Derecho Romano y de Historia del Derecho (Universidad del Salvador). Profesora Asociada de Derecho Romano (Universidad de Belgrano). Miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina y de la Asociación de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y del Instituto Ambrosio Gioja.

⁶⁸¹ Somovilla, C. *La presencia del Derecho Romano en los Dictámenes de Dalmacio Vélez Sarsfield como Asesor de Gobierno del Estado de Buenos Aires*. Recuperado de: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/download/1639/2072>

El objetivo es considerar la refracción, el reflejo del derecho romano –en esta oportunidad– en un caso concreto en un dictamen de la Asesoría del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

II. Criterio romano del dictamen del Asesor de Gobierno Dalmacio Vélez Sarsfield

Se trata de una consulta que hizo el Jefe de Policía sobre su facultad para allanar las casas de particulares en asuntos criminales. El Asesor desde el principio manifestó la necesidad de interpretar el artículo 160 de la Constitución Provincial, sin que resulte necesario recurrir al Supremo Tribunal de Justicia, como lo propone el Fiscal.

El artículo 160 de la sección 8^a titulada “Declaraciones Generales de la Constitución de Buenos Aires”, sancionada el 11 de Abril de 1854, reglaba que: “La casa de un ciudadano es un asilo inviolable, y solo podrá entrarse a ella en virtud de orden escrita de juez o autoridad competente”.⁶⁸² La referida norma constitucional parece haber querido crear –dice– el derecho sagrado de la casa de un ciudadano, que no podía violarse sin un crimen.

Se lee en el dictamen en cuestión: “...es de los más antiguos de Roma para solo los juicios civiles o para los criminales en aquellos remotos tiempos, cuando cada casa del pueblo romano estaba separada de las otras por un espacio que debía mediar entre ellas, y era así fácil aislar a los delincuentes, evitar su fuga, y aplicarles así mismo el máximo de las leyes penales, que era la privación del agua y del fuego, sin necesidad de violar un recinto que se creía guardado por los Dioses: derecho meramente histórico, disconforme absolutamente con el derecho actual”.

Señala que por el breve Pontificio del 12 de diciembre de 1772 –mandado ejecutar el 14 de enero de 1773–, no ha quedado en la ciudad ningún asilo inviolable, con la excepción de dos templos: La Piedad y San Telmo.

Sostiene –remarcando– el Asesor de Gobierno que la Constitución no había creado un nuevo asilo en las casas privadas en caso de crimen.

Trae a colación la ley romana (21, Título 4, Libro 2, Digesto, así la cita el codificador) que hace –afirma– un asilo de la casa de los particulares como nuestra Constitución; que ello corresponde meramente al derecho civil, y no al derecho criminal. Se lee: “Por las antiguas leyes, había citación real y citación personal. La primera se ejecutaba tomando el demandante al demandado y llevándolo ante el magistrado. Para reglar la citación verbal se ordenaba

⁶⁸² www.cervantesvirtual.com/.../constitucion-de-buenos-aires--sancionada-en-11-de-abri...

entonces que el que se halla dentro de una casa pueda ser citado a juicio, pero que no pueda ser extraído de ella: de *domo sua nemo extra hit debet*".

Cita a Cuyacio (Jacobus Cujas, juriconsulto francés 1522-1590), de quien afirma que en su larga recitación de esa ley, y hace ver que la sentencia del Juriconsulto Paulo es solo para la citación del juicio civil, que en Viviano anotado al referirse a la ley citada dice: *secus in criminalibus*.

En este sentido entiende y afirma Vélez Sarsfield: "...ninguna ley, ni antigua ni moderna, ha hecho ni por un momento, un asilo de la casa privada para el delincuente o presunto reo".

Trae a colación en sus fundamentos para ilustrar con la legislación y doctrina de época de otros pueblos en los cuales también observa –y resalta– la influencia y pervivencia romana. Así encontramos:

- La legislación inglesa, de la cual afirma tomó en esta parte las leyes y los usos romanos. Allí –dice– hay arresto personal del demandado en los juicios civiles, sino da la fianza a que la ley obliga. Transcribe parte de la obra de Blackstone en su libro 3, capítulo 19, donde trata de la citación al juicio: "El arresto puede ser corporal, tomando el cuerpo del demandado, o tocando su persona, después de lo cual, el alguacil puede, sin ser reprimible, allanar, o abrir la casa en que se encuentra para tomarlo. De otra manera no tiene tal facultad; porque la casa de cada individuo es considerada por la ley como un lugar de seguridad y asilo donde no se le debe hacer violencia. Este principio es llevado a tanta extensión por la ley civil (*in the civil law*) que en el mayor número de casos, no se puede hacer una citación al que permanezca dentro de su casa". Al considerar Blackstone los juicios criminales entiende que desaparece el concepto de la casa privada como asilo.

- Francia, desde los primeros años de la revolución del 89, declaró también asilo sagrado la casa de los particulares –pero la limitó a determinadas horas de la noche para no turbar la tranquilidad de las familias, en tanto no hubiere peligro en la tardanza que el delincuente se escapara–. Su fuente Legraverend (es Jean Marie Emmanuel, 1776-1827), Tomo 1, página 293 y Merlin reg. Verb. Asile (en el Repertorio universal y razonado de jurisprudencia, 4ª edición, 18 volúmenes, 1827-1830).

- James Kent (1763-1847) en los comentarios a las leyes americanas (4 volúmenes publicados entre 1826 y 1830), donde se lee que, por más que se extienda y amplifique el *habeas corpus*, no se encuentra el asilo de las casas privadas respecto de aquellas autoridades que tengan facultad de aprehender a un delincuente.

- Cita al jurisconsulto Berti en su obra sobre las legislaciones criminales que compara la libertad individual de Austria, Inglaterra, Estados Unidos y Francia; y no halla en los códigos o leyes de ninguna de esas naciones, el asilo de las casas privadas ni la necesidad de allanarlas por una orden previa del juez ordinario, para que el empleado público que tiene la facultad para arrestar a los delincuentes pueda hacerlos cuando los mismos se retrayeren en sus casas o bien en la de otros particulares –nota que en esas legislaciones está muy distinguido el acto del arresto del acto de la prisión–.

Resultan de interés las consideraciones y análisis que hace Vélez Asesor del derecho comparado, para luego de reflexionar volver a la solución romana en su dictamen, como el mismo sostiene.

Dictamina Vélez Sarsfield que tiene facultad para allanar las casas de los particulares, sin orden previa de los jueces ordinarios, todas aquellas personas públicas que por razón de su oficio tiene facultad de aprehender a los delincuentes, porque ninguna ley ha hecho un asilo de la casa privada en los casos de delitos.

En el dictamen firmado el 5 de junio de 1858 en su parte final se lee:

Un sereno que persigue en la noche a un delincuente, cuando éste entra a una casa particular o cuando sepa que dentro de una casa particular, se está cometiendo algún delito, puede, no solo entrar a ella sin orden alguna, sino forzar y romper sus puertas para contener el crimen, o arrestar a los criminales. Un vigilante a cuya presencia se comete un delito grave, cuando su autor se escondiere en una casa privada, tiene por razón de su oficio, facultad para allanar su entrada y prender al criminal. En general, residiendo en el Sr. Jefe de Policía la facultad de arrestar a los delincuentes, o presuntos criminales para entregarlos a los que deben juzgarlos, no necesita en tales casos orden de ninguna autoridad para entrar con ese objeto a las casas de los particulares, y él es la autoridad competente para dar las órdenes de allanamiento de las casas privadas a los empleados de su dependencia. Ni menos necesita orden alguna de otra autoridad para entrar a las casas donde se están quebrantando los Reglamentos de Policía, como las casas de juego. Para aprehender a los infractores, y aplicarles las penas para que está autorizada por la ley. Ni tampoco le es preciso orden alguna para allanar la casa de un particular, cuando hubiera recibido de los jueces correccionales, o del crimen, o de los Jueces de Paz, de los de Primera Instancia, o del Consulado la orden para aprehender a alguno por delitos o por deudas; porque por la orden de prisión está autorizado para allanar la casa donde se encuentra el que debe ser aprehendido.

Finalmente, con fecha 2 de julio del mismo año de 1858 y conforme con el precedente dictamen asesorado, contéstese al Jefe de Policía que es autoridad competente para allanar las casas particulares –en el ejercicio legal de sus funciones– ya sea para aprehender criminales o para evitar desórdenes o infracciones de los Reglamentos Policiales, también en los casos de delito *infraganti*, y las autoridades subalternas de la policía que persiguiesen a algún criminal que se asile en casa particular, sin que ello importe la facultad de poder proceder por simples sospechas.

III. A modo de conclusión

Sabido es que el derecho romano fue el primer derecho con el cual tuvo contacto el codificador en la Universidad de Córdoba,⁶⁸³ estudios que siguió cultivando a lo largo de su vida, encontrando en el mismo la fuente primera y primordial de la ciencia jurídica. Fueron –según los historiadores– los comentarios de las Instituciones de Justiniano escritos por el humanista holandés Vinnio los que introdujeron a Vélez en el conocimiento del derecho romano.⁶⁸⁴

Es valioso poder volver a reflexionar y valorar el alcance práctico –en el foro– en los casos concretos, en la vida cotidiana, en la vida de los injusticiables, la forma y el alcance de la pervivencia, la persistencia de las respuestas romanas, aquí en Buenos Aires.

Lo constatamos en la labor profesional de Vélez Sarsfield, y el mismo reconoce esto en sus escritos. En reiteradas oportunidades, el más adelante codificador en sus escritos jurídicos como Asesor de Gobierno afirma que “los ejemplos tomados en los códigos romanos están fundados en los principios de derecho y son texto de nuestras leyes”.⁶⁸⁵

⁶⁸³ Somovilla, C. (2018). “Fundamentación en la ley romana de un escrito jurídico de Dalmacio Vélez Sarsfield en un pleito sobre caminos públicos”. En *Jornadas Bonaerenses de Derecho Romano*, Universidad Abierta Interamericana, sede Berazategui.

⁶⁸⁴ Levaggi, A. (2005). *Dalmacio Vélez Sarsfield, Jurisconsulto*. Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad. Serie: Biblioteca Jurídica y Social. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Capítulo III “Derecho Romano”: p 35 a 44.

⁶⁸⁵ Causa de Don Manuel Haedo con Don Lorenzo Uriarte (1971). Volumen XI de la *Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino* –adhiriendo a la conmemoración del centenario de la sanción del Código Civil–, del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, llamado “Dalmacio Vélez Sarsfield-Escritos Jurídicos”. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p 191.

El *negotium* jurídico como principio del derecho

Por Enrique Sosa⁶⁸⁶

En líneas generales se puede decir que los principios señalan aquellas conductas que se consideran valiosas y, por lo tanto, deben ser realizadas. En consecuencia, si los principios ofrecen indicaciones acerca de cuál debe ser el comportamiento adecuado, constituyen un tipo de normas, ya que éstas siempre orientan la acción prescribiendo o prohibiendo algo.

Otra idea nos señala que el concepto de principio jurídico es la relación razonada que correlaciona un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquello que se deba relacionar, siendo la relación razonada el elemento determinante del principio jurídico y el estándar su esencia.

El reconocimiento requiere de que los juristas así la vayan interpretando y valorando. Su finalidad es determinante, regulatoria y se aplica para resolver casos. Así, por ejemplo, hoy hablamos del principio de irrenunciabilidad y de supremacía de la realidad, respecto al derecho laboral, como pilares a los que cualquier legislación que en el futuro se dicte en dicha materia, deberá respetar.

Realizadas estas aproximaciones de ideas respecto al concepto de lo que para nosotros representan los principios jurídicos, voy a intentar sostener que el negocio jurídico en sí mismo es un principio.

Desde los tiempos más antiguos de la creación de *Ius*, tomando como punto de partida los casos citados en el Digesto, pasando por el Código de Vélez Sarsfield, hasta llegar a nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, y analizando parcialmente la evolución del derecho comparado, se puede concluir que el "*negotium*" ha sido una de las pocas instituciones jurídicas que se ha mantenido pura, prácticamente inalterable, por más de dos mil años.

⁶⁸⁶ Abogado. Profesor de Derecho Romano (Universidad Nacional de Lomas de Zamora).

El presente trabajo pretende demostrar que, sin pretenderlo, los romanos han creado una herramienta que ha sobrevivido a la sofisticación de los avances tecnológicos, y hoy es utilizada en el mundo de los negocios modernos, pese al constante cambio legislativo.

En la inteligencia de que el status de un principio jurídico se logra por la pervivencia del concepto mantenida hasta nuestros días, encontramos en el negocio jurídico una suerte de idea superadora que no ha podido ser modificada ni mejorada por las circunstancias de tiempo y lugar. Es así que todo el tratamiento que hoy se hace de las acciones voluntarias humanas, de su clasificación, de la forma de exteriorizar la voluntad, de los vicios de la manifestación de la voluntad, etc., no deja de ser otra cosa que la elaboración de la llamada “Teoría general del negocio jurídico”, la cual es aprovechada por todas las civilizaciones de nuestros tiempos.

Concepto de negocio jurídico en la antigua Roma

Como ya todos sabemos, el término *negotium* está formado por la partícula negativa *nec* y la palabra *otium*, la que significa descanso o placer espiritual. El negocio (o *negotium*) jurídico es una manifestación de voluntad encaminada a la consecución de un fin práctico permitido y protegido por la ley.⁶⁸⁷ Consecuencia del negocio jurídico es la adquisición, la modificación, la transferencia o la pérdida de derechos u obligaciones, según conformidad con el fin práctico.⁶⁸⁸

Otra definición importante nos dice que es la manifestación de la voluntad o la resultante de varias manifestaciones individuales dirigida hacia la obtención de los fines prácticos y provista por el derecho objetivo de efectos lo más conformes posible con aquellos fines mediante la creación de nuevas relaciones jurídicas o la modificación o extinción de de relaciones jurídicas existentes.⁶⁸⁹

El derecho moderno nos menciona los términos hechos, actos y negocios jurídicos, y resulta conveniente formular las siguientes aclaraciones:

Un hecho –puro y simple– consiste en un acontecimiento, el cual puede ser producto de la naturaleza, o provocado por el hombre, y a su vez ser analizado desde distintos puntos de vista, pues puede tratarse de un hecho que le interese a la historia, a la sociología, a la psicología, etc., pero para que interese al estudio del derecho, deberá producir consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo, el

⁶⁸⁷ Iglesias, J. (2016). *Las Fuentes del Derecho Romano*. Buenos Aires: Thomson Reuters.

⁶⁸⁸ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. 2ª edición. Buenos Aires: Depalma.

⁶⁸⁹ Arangio Ruiz, V. (1973). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.

paso del tiempo por sí mismo no produce consecuencias jurídicas ni consiste en un acto jurídico, pero si ese transcurrir provoca el vencimiento de un plazo acordado, evidentemente traerá aparejada consecuencias jurídicas.

Antiguamente, no se podía hacer una clara identificación entre el fin práctico querido por el sujeto y el efecto del negocio jurídico. Debe señalarse la progresiva tendencia del derecho a conectar uno y otro.

Como sabemos todos los que alguna vez hemos estudiado textos romanistas, los juristas romanos no han elaborado una teoría general del negocio jurídico, puesto que del Digesto solo se advierte un análisis de casos particulares. Sin embargo, ¿podemos afirmar que el término *negotium* tiene un significado distinto al que actualmente hoy le atribuimos? Entiendo que no. Para el romano, la idea de *negotium* era la misma que podemos tener hoy, es decir, que para el antiguo romano un negocio jurídico debía tener una utilidad práctica o económica, destinado a obtener un lucro desde un punto de vista comercial o bien concretar una cuestión domestica, que nada tenía que ver con lo religioso o espiritual.⁶⁹⁰

Es cierto que los romanos no elaboraron una teoría del negocio, tal como ya lo adelantara. La teoría general del negocio jurídico es fruto de un proceso de abstracción, llevado a los términos en que hoy se nos ofrece por obra primero de los pandectistas y luego de los civilistas.

Pero no hay que confundir la “Teoría general del Negocio” con el concepto o significado puro de negocio, que son a mi entender dos cosas distintas. Una de las características del temperamento latino es la tendencia hacia la concreción y la tipicidad. Esto no significa, sin embargo, que los juristas de Roma no hayan tenido conciencia de la generalidad de algunos conceptos e instituciones. Bajo determinados aspectos, agrupan y aproximan determinadas figuras, siempre que la reunión y engarce no violente una cierta razón y medida de homogeneidad. En cualquier caso, no cabe negar el fundamento romano de las doctrinas de la condición y del término, de las relaciones entre voluntad y manifestación de la causa, etc.

Revisando un poco la legislación de nuestro país, vemos que Vélez Sarsfield define al acto jurídico (tomando la idea de Ortolan)⁶⁹¹ en el artículo 944 del Código diciendo que “Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”, y entre sus notas consigna la definición de Savigny:⁶⁹² “Hechos jurídicos son los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho comienzan o acaban”.

⁶⁹⁰ Carlo Longo (1902). *Bullettino dell'Isr. Dir. Roma*.

⁶⁹¹ Ortolan, M. (1869). *Historia de la Legislación Romana*. Madrid: Leocadio López.

⁶⁹² Savigny, F. (1848). *Sistema de Derecho Romano Moderno*. Madrid: Centro Editorial de Góngora.

Por su parte, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación encontramos una definición en el artículo 259 que expresamente dice: “El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

En el artículo 258 del mismo cuerpo legal se establece el concepto del “simple acto lícito”, como si fuese otra categoría de acto, expresando “la acción voluntaria no prohibida por la ley”, y en este caso en particular se refiere ya no a una deliberada intención de querer realizar un acto, sino de todas aquellas acciones no prohibidas que realizamos a diario y son lícitas. Esto es así por aplicación del principio constitucional fijado en el artículo 19 de que todo aquello que no está prohibido está permitido.

Derecho comparado

Como se podrá observar, al realizar una breve comparación de algunas legislaciones de países vecinos, veremos que en general sostienen que “el efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes”. Esta idea marca un principio jurídico.

El Código Civil de Guatemala,⁶⁹³ en su Libro V, Parte Primera, Título I, “Del Negocio Jurídico”, Capítulo I, “De la Declaración de Voluntad”, si bien no define el Negocio, nos brinda sus características, al decir:

Artículo 1251. El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

Artículo 1252. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente.

Artículo 1253. El silencio no se considerará como manifestación tácita de voluntad sino en los casos en que existe, para la parte a quien afecta, la obligación de explicarse.

Asimismo, el Código Civil del Perú⁶⁹⁴ dice en su artículo 140: “El acto

⁶⁹³ Código Civil de Guatemala.

⁶⁹⁴ Código Civil del Perú.

jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz; 2. Objeto física y jurídicamente posible; 3. Fin lícito; 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

Por otra parte, el Código Civil del Paraguay⁶⁹⁵ dice en su artículo 277: “Los actos voluntarios previstos en este Código son los que ejecutados con discernimiento, intención y libertad determinan una adquisición, modificación o extinción de derechos. Los que no reuniesen tales requisitos, no producirán por sí efecto alguno”.

El Código Civil de Chile⁶⁹⁶ si bien no consigna una definición de acto jurídico, dispone en su artículo 1445 cuáles son los requisitos para su configuración, diciendo: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

Por su parte el Nuevo Código Civil de Cuba⁶⁹⁷ aprobado por la Asamblea Nacional en su sesión del 16 de julio de 1987, dispone en su artículo 49. 1 que: “El acto jurídico es una manifestación lícita, de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica; 2. La omisión y el silencio tienen los efectos que determinan las normas jurídicas o, en su defecto, los que les conceden las partes en el acto jurídico de que se trate”.

Evidentemente y más allá de los distintos matices que encontramos en el derecho comparado, la noción de negocio jurídico es prácticamente la misma en todas las legislaciones.

Resulta un elemento común la manifestación de la voluntad en sus distintas variantes, ya sea en forma expresa o tácita e incluso el valor que se le asigna al silencio en ciertos casos excepcionales. La ausencia de voluntad o que la misma se encuentre viciada ya sea por error, dolo o violencia, trae aparejada la nulidad o anulabilidad del acto.

La interpretación de la voluntad, pese a todos los avances tecnológicos con los que hoy contamos, sigue siendo un problema el poder lograr su determinación, pues al igual que nos planteaba la Pandectista Alemana del siglo XIX, respecto a que si prevalece la “teoría declaracionista” o la “teoría voluntarista”,

⁶⁹⁵ Código Civil del Paraguay.

⁶⁹⁶ Código Civil de Chile.

⁶⁹⁷ Código Civil de Cuba.

hoy también podemos afirmar que si bien como principio general prevalece la voluntad declarada, en casos controvertidos hay que averiguar la auténtica voluntad, lo que verdaderamente el sujeto quiso hacer.

Por otra parte, la ausencia de formas en los casos de negocios solemnes o transar respecto de un objeto prohibido, también anularan el acto, pues como se puede ver en la legislación comparada, son principios y nociones generales plenamente reconocidas y aplicadas.

Todo esto me lleva a preguntarme: ¿acaso el rito del cobre y la balanza, realizado frente a cinco testigos en los que se pesaba el metal simbolizando el pago en la Roma antigua, no era un auténtico negocio jurídico al igual que un testamento? ¿Qué diferencia entonces encontramos con el rito de nuestros tiempos, consistente, por ejemplo, en la transferencia de dinero en forma electrónica?

No me caben dudas que sin perjuicio de las múltiples diferencias entre uno y otro, ambos son dos negocios jurídicos (uno antiguo y otro moderno), a los cuales se les va a aplicar los mismos principios —ya mencionados— ante la presencia de un eventual conflicto.

A modo de conclusión, tomo la idea de Ortolan al decir que el derecho primitivo, lacónico, rudo y salvaje, fue la base sobre la que se elevó una ciencia vasta, enlazada con la equidad natural, y propia para la civilización común de los hombres. Y es así que el concepto e idea de negocio jurídico ha sobrevivido hasta nuestros días, tal como si fuese una roca, la que el tiempo solo ha erosionado, pulido y moldeado, pero sin alterar su esencia ni naturaleza.⁶⁹⁸

⁶⁹⁸ Enrique Eduardo Sosa, U.N.L.Z.

El rol del notario latino en la conformación de la *bona fides*

Por María del Rosario Stoppani⁶⁹⁹

Sumario

I. Introducción; II. Desarrollo; *II. a) Los principios generales del derecho; II. b) Bona fides en la tradición romanista; II. c) Bona fides en el ordenamiento jurídico argentino; II. d) Bona fides y notario latino; II. 1. Estudio de títulos antecedentes;* III. Conclusión; IV. Bibliografía

I. Introducción

El principio de buena fe, de conformidad a la concepción romana, debe ser entendido como una regla de conducta a la que las partes deben atenerse en la conformación y ejecución del contrato. Y también, como una fuente de integración del contenido de la relación obligatoria.

Esta interpretación del principio pone de manifiesto la importancia fundamental que posee el rol del jurista, quien debe, desde su ámbito de actuación, contribuir a la aplicación del principio.

⁶⁹⁹ Profesora de Derecho Romano de la Universidad Austral (Argentina). Escribana de la Ciudad de Buenos Aires.

En este sentido, el notario latino definido como “(...) el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido”,⁷⁰⁰ y sobre quien además recae la tarea de analizar los antecedentes de dominio, se constituye en uno de los principales garantes del principio de buena fe en el ámbito negocial inmobiliario.

Es por esto que es esencial que el jurista moderno readquiera, de conformidad a la actividad de los juristas de la tradición romanista, un rol activo en la determinación del contenido y funcionamiento del principio de buena fe.

II. Desarrollo

II. a) *Los principios generales del derecho*

Los principios generales del derecho son los valores fundamentales del ordenamiento jurídico. A fin de comprender el fundamento de estos principios generales, es esencial analizar su fundamentación en el derecho romano. El texto fundamental se encuentra en el fragmento del Digesto D. 1, 2, 1 atribuido al jurista Gayo en los siguientes términos:

Gaius libro 1. ad legem XII. Tabularum. Facturus legum vetustarum interpretationem, necessario prius ab Urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret. Et certe cuiusque rei potissima pars principium est (...).

Gayo, Comentarios a la Ley de las Doce Tablas, libro 1. Habiendo de interpretar las leyes antiguas, he juzgado necesario remontarme antes a los principios de Roma, no porque pretenda escribir dilatados comentarios, sino porque considero que en todas las cosas es perfecto lo que consta de todas sus partes. Y en verdad, de cada cosa, el principio es la parte fundamental de cualquier cosa (...).

De este fragmento se desprende la importancia de conocer el origen del objeto en análisis. En el caso de los principios generales del derecho, su origen

⁷⁰⁰ Cfr. *Conclusiones del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino*. Buenos Aires, 2 de octubre de 1948.

se halla en el derecho romano y la tradición romanística, sobre los que los ordenamientos jurídicos se apoyan. Uno de los principios generales del derecho es la buena fe.

II. b) *Bona fides en la tradición romanista.*

En el ámbito del derecho privado romano la buena fe es, además de un principio general de conducta negocial (lealtad y rectitud), un principio de integración del contenido de las obligaciones que emergen del contrato, que comprende no solo lo querido por las partes sino también todo aquello que en base a la buena fe se pueda creer que una parte deba a la otra (*quidquid dare facere oportere ex fide bona*), circunstancia que pone de manifiesto la tarea fundamental del juez, quien al momento de dictar la sentencia debe traducir la *fides bona* y determinar su contenido buscando proteger la sinalagmaticidad contractual.

Las principales fuentes romanas que dan muestra del rol de la *bona fides* como principio de integración del contenido del contrato y de la labor del *iudex* en la determinación de las obligaciones a cargo de cada parte, son: Cic. *De off.* III, 16, 65-67; Cic. *De off.* III, 17, 70; D.16, 3, 24; D. 19, 1, 50; G.III, 137; y G. III, 155, entre otras.⁷⁰¹

En primer lugar, en Cic. *De off.* III, 16, 65-67,⁷⁰² haciéndose referencia al caso en que el vendedor oculta un vicio del inmueble al comprador provocándole un daño, Catone, en base a la *bona fides* (*quidquid sibi dare facere oporteret ex*

⁷⁰¹ Cfr. Cardilli, R. (2010). *Bona fides tra storia e sistema*. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 29-62.

⁷⁰² Cfr. Cic. *De off.* III, 16, 65-67: [65] *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, (...), a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.* / Pero en materia de derecho de fundos, nosotros hemos establecido en el derecho civil, que en sus ventas se declaren los vicios que el vendedor conoce. De hecho, habiendo sido previsto por las Doce Tablas que se debiera prestar todo lo que se había declarado formalmente, (...), los juristas también construyeron la pena de reticencia: se debe responder de cualquier vicio que esté en el fundo si el vendedor era consciente de ello y no lo declaró específicamente. / [66] *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius: Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum*

fide bona) crea en su sentencia un nuevo deber de información determinado la responsabilidad contractual del vendedor por el incumplimiento a tal deber.

En segundo lugar, en Cic. *De off.* III, 17, 70,⁷⁰³ Cicerón expone el pensamiento del pontífice máximo Quinto Mucio Scevola a fin de explicar que en los *iudicia bonae fidei* en los que existe un *oportere ex fides bona* en la *intentiones* de sus fórmulas (*quidquid dare facere oporteret ex fides bona*), el juez posee una particular “fuerza creadora” ya que es en base a tal concepto amplio (buena fe) que debe determinar lo que cada parte debe dar a la otra (*quid quemque cuique praestare oporteret*), superando lo estrictamente acordado entre ellas.

demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit “QUIDQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA”. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. / Entonces, al estar a punto de tomar los auspicios del Campidoglio, los augures ordenaron a Claudio Centomalo, quien tenía en el Monte Celio un edificio, demoler las partes altas del mismo que impidieran los auspicios. Claudio puso el edificio en venta. Calpurnio Lanario lo compró: fue denunciado por los augures. Dado que Calpurnio, una vez sufridas las demoliciones, entró en conocimiento de que Claudio lo había puesto a la venta después de la orden de demolición de los augures, reclamó en juicio con la siguiente fórmula: “TODO LO QUE ESTÁ OBLIGADO A DAR Y HACER SEGÚN LA BUENA FE”. Catone, padre de nuestro Catone el uticense, pronunció la sentencia: ya que en la venta estaba al tanto de esas cosas y no las declaró, está obligado a responder al comprador por el daño sufrido por él. De esto deduzco que declaró que era conforme a la buena fe informar al comprador el vicio del cual el vendedor tiene conocimiento. / [67] Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Crassus urgebat, “quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari”; aequitatem Antonius, “quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret”. Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.

⁷⁰³ Cfr. *De off.* III, 17, 70: *Nam quanti verba illa “UTI NE PROPTER TE FIDEM TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM” quam illa aurea “UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE”. Sed, qui sit boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur “ex fide bona”. Fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari*

Asimismo, en D.16, 3, 24,⁷⁰⁴ Papiniano, haciendo referencia a un caso de depósito irregular, luego de afirmar que en los *bonae fidei iudiciis* el juez tiene la misma capacidad que las partes en la *stipulatio* para determinar las obligaciones correspondientes a cada una, entiende que exigirle al depositario el pago de intereses sobre la suma depositada antes de su constitución en mora sería ir contra la *bonam fidem* y la naturaleza del contrato de depósito.

in tutelis, societatis, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret. / De off. III, 17, 70: De hecho, cuánta importancia en esas palabras “QUE DEBIDO A TI O A LA CONFIANZA PUESTA EN TI, HE SIDO ENGAÑADO O DEFRAUDADO”, cuánto en esas palabras de oro “ASÍ COMO ES OPORTUNO QUE SE ACTÚE BIEN ENTRE HOMBRES HONESTOS Y SIN FRAUDE”. Pero quiénes son hombres honestos y qué es actuar bien es una gran pregunta. Quinto Mucio Scevola, el pontífice máximo, decía que había una fuerza “creadora” en los juicios en los que se agrega “según la buena fe”. Estimaba que el concepto de buena fe se manifiesta muy ampliamente y se invierte en las tutelas, en las sociedades, en los actos fiduciarios, en los mandatos, en las compraventas, en las locaciones, en los que está contenida la comunión de vida “entre los hombres”: en estos juicios es el gran juez quien debe decidir cuánto debe dar cada parte a la otra.

⁷⁰⁴ D. 16, 3, 24. Papinianus, *Libro nono, Quaestionum: Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo. Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras atinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur. / Papiniano, Cuestiones, Libro IX: Lucio Ticio saluda a Sempronio. Te hago saber por esta carta escrita de mi mano, para que lo tengas entendido, que están en mi poder las cien monedas que en este día me has encomendado por entrega hecha por el esclavo Stico, administrador; las cuales te entregaré al momento, cuando quieras, y donde quieras. Preguntase por causa del incremento de los intereses. Responde, que tiene lugar la acción de depósito; porque ¿qué otra cosa es encomendar, que depositar? Lo que es verdad de este modo, si se hizo esto, para que se devolviesen las mismas monedas; porque si se convino que se diese en pago otra tanta cantidad, el negocio excede de los conocidísimos términos del depósito. En cuyo caso, si no*

Por último, tanto en D. 19, 1, 50,⁷⁰⁵ donde el jurista Labeón afirma que no es conforme a la buena fe que el vendedor de una cosa sea compelido a entregarla al comprador si en virtud de un beneficio legal sobreviniente se exime al comprador del deber de pagar el precio; como en G. III, 137⁷⁰⁶ y G. III, 155,⁷⁰⁷ se pone en evidencia, a través de la casuística, que la buena fe es un principio jurídico que permite (o impone al *iudex*) integrar el contenido sinalagmático del contrato.

hubiera la acción de depósito, porque se convino que se devolviera otra tanta cantidad, no las mismas monedas, no se ha de decir fácilmente que se tenga cuenta de los intereses. Y se halla ciertamente establecido, que en los juicios de buena fe, por lo que atañe a los intereses, pueda tanto el oficio del árbitro, como la estipulación; pero es contra la buena fe y la naturaleza del depósito reclamar intereses, antes de incurrir en mora, de aquel que hizo beneficio en recibir el dinero; más si desde un principio se convino sobre la prestación de intereses, se observará la ley del contrato.

⁷⁰⁵ D. 19, 1, 50. 50. Labeo *Libro IV. Posteriorum a Iavoleno epitornatorum. Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleatur et re sua careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem emptor exceptionem rei venditae et traditae opponere possit nec perinde sit, quasi eam rem petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset.* / Labeón Obras póstumas compendiadas por Javoleno, libro IV. No consiente la buena fe que cuando por beneficio de alguna ley el comprador hubiese dejado de deber el precio de la cosa a él vendida, antes que se le entregue la cosa, fuera compelido el vendedor a entregársela y privarse de su cosa. Pero entregada la posesión, sucede que el vendedor estaría igualmente privado de su cosa desde el momento en que a él, que reclama la cosa, el comprador podría oponer la excepción de cosa vendida y entregada y no sería como si el que reclama no la había vendido ni entregado.

⁷⁰⁶ Gai. III, 137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.* / En esos contratos las partes quedan recíprocamente obligados al cumplimiento del acuerdo según el principio de correspondencia; mientras que en las obligaciones por palabras uno estipula y el otro promete, y en la transcripción de créditos uno obliga a hacer que se pague y el otro es obligado. Cfr. Samper, F. (2000). *Instituciones Jurídicas de Gayo. Texto y Traducción*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 271.

⁷⁰⁷ Gai. III, 155: *Mandatum consistit, siue nostra gratia mandemus siue aliena; itaque siue ut mea negotia geras siue ut alterius mandauerim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel mihi bona fide praestare oportet.* / El mandato consiste en un encargo, bien sea en interés nuestro, bien en el ajeno. Si yo te encargara que llevaras mis negocios, o los de otra persona, se contrae obligación de mandato, y quedamos ligados mutuamente en lo que cada uno debe hacer respecto del otro conforme a la buena fe.

II. c) *Bona fides* en el ordenamiento jurídico argentino

En lo referente a la *bona fides* en el ordenamiento jurídico argentino, desde una perspectiva genérica el principio de buena fe se encuentra estipulado en el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, que conforme surge de los Fundamentos del Código contiene guías dirigidas a los jueces, el que establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”; y, en el artículo 9 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe” y el que, conforme surge de los Fundamentos del Código, tiene por destinatario final al ciudadano.

En lo que hace referencia a la órbita contractual, el principio de buena fe se encuentra recogido en el artículo 961 del Código Civil y Comercial de la Nación donde se establece que: “Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. Asimismo, el artículo 1061 del Código agrega que: “Intención común: El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe”.

Ahora bien, la presencia del principio de buena fe no fue siempre igual dentro del ordenamiento jurídico argentino. El texto originario del Código Civil de Vélez Sarsfield del año 1869 al regular los efectos de los contratos en el artículo 1198 estableció que: “Los contratos obligan no solo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos”.

La ausencia de la mención de la buena fe fue posteriormente subsanada por la Ley 17.711 del año 1968, la que, entre otras cosas, modificó sustancialmente el artículo 1198, quedando el mismo redactado en la parte pertinente de la siguiente manera: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (...)”.

Teniendo en miras este cambio legislativo es posible afirmar que tanto la ley 17.711 como el Código Civil y Comercial de la Nación reafirman el fundamental rol de la buena fe como parámetro de conducta y como principio de integración del contenido del contrato de conformidad a la tradición romanista.

II. d) *Bona fides* y notario latino

Si bien el juez es el encargado de concretizar el principio de buena fe en el ámbito judicial, en el ámbito extrajudicial negocial inmobiliario es el notario el responsable de traducir a las partes el rol de la buena fe y quien contribuye a su conformación al momento de la celebración del contrato.

Si bien las leyes se presumen conocidas por todos, los otorgantes del instrumento público no son expertos en derecho. En base a la *autoritas* que reconocen al notario, le requieren la confección del instrumento que plasmará su voluntad de acuerdo al derecho que efectivamente les asiste. Para ello el notario realiza un conjunto de diligencias pre y post escriturarias tendientes a tal fin, las que en definitiva determinarán la debida diligencia de los otorgantes, conformando su *bona fides*. Y asimismo les informa el alcance y contenido de las obligaciones asumidas en el instrumento elaborado (*quidquid dare facere oporteret ex fides bona*).

En el mencionado artículo 961 del Código Civil y Comercial de la Nación la buena fe exige que las partes se comporten con lealtad y probidad durante la etapa preparatoria, celebratoria y ejecutoria del contrato. Esto implica deberes de colaboración y cooperación recíproca, diligencia, abstención de actos anti-funcionales y el cumplimiento no solo de lo pactado sino también de todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en el contrato.

Dentro de la contratación inmobiliaria, tomando como ejemplo el contrato de compraventa de inmueble, se observa que:

En primer lugar, el notario solicita a los comparecientes los datos personales y analiza la legislación aplicable a fin de no vulnerar derechos de terceros (por ejemplo, el estado de familia podría determinar la necesidad de la comparecencia del cónyuge del vendedor).

En segundo lugar, en caso de que algún compareciente concurra en representación de otra persona, el notario analiza la documentación respaldatoria que acredita la personería invocada (por ejemplo, apoderado o presidente de sociedad anónima).

También es el notario el que identifica correctamente el bien objeto del acto, examinando la documentación pertinente (como es el título antecedente, el reglamento de copropiedad, la cédula catastral, los planos y el certificado de dominio) a fin de que las partes tengan certeza de lo que se está transmitiendo.

El notario también verifica la legitimidad del transmitente, analizando la titularidad de dominio y la inexistencia de restricciones, gravámenes e interdicciones sobre el inmueble e inhibiciones personales de la parte vendedora por medio de la solicitud de los certificados de dominio e inhibiciones al Registro de la Propiedad Inmueble y la realización del estudio de títulos antecedentes.

Asimismo es el notario quien asesora a las partes a fin de evitar cláusulas

abusivas que atenten contra la sinalagmaticidad contractual (por ejemplo, intereses adecuados en el supuesto de hipoteca por saldo de precio).

Por último, realiza la *completio*⁷⁰⁸ leyendo a los comparecientes la escritura concluida a fin de constatar la correspondencia de lo documentado con la voluntad de cada uno de éstos, tomando las partes conocimiento de las obligaciones asumidas por cada una de ellas, quedando el acto otorgado con la firma de los comparecientes y del escribano.

Esta perspectiva, dentro de la contratación inmobiliaria, da muestra de la importancia fundamental del rol del notario, quien en el proceso de elaboración del instrumento público contribuye indudablemente a conformar la buena fe de los contratantes del referido artículo 961 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es también interesante analizar la buena fe en el artículo 392 del Código Civil y Comercial de la Nación (ex artículo 1051). El mismo establece que: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

La buena fe a la que se hace referencia en este supuesto no es la mera fe del hombre común, sino la llamada buena fe diligencia, en virtud de la cual se exige una impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho, por lo cual el tercer adquirente no podría alegar su buena fe si no se ha realizado la diligencia del estudio de títulos y el análisis de la matricidad del título inscripto,⁷⁰⁹ teniendo en cuenta que por medio de éstos se analizan los vicios manifiestos que invalidan o lesionan la concatenación dominial. La diligencia que presupone la buena fe exige un estudio de títulos que pruebe la bondad del título antecedente.

⁷⁰⁸ Cfr. C.4.21.17. *Imp. Iustinianus A. Mennae P. P. Dat. Kal. Iun., Cons.* (528); y Cfr. Amelotti, M. (1996). “Dall’epoca postclassica all’età giustiniana.” En *Scritti giuridici*. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 189.

⁷⁰⁹ Argentina. Ley N° 17.801. *Registro de la propiedad inmueble*. Boletín Oficial, 10 de julio de 1968, modificada por ley 26.994, artículo 23: “Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas...”

La jurisprudencia ha considerado al estudio de títulos como una actividad esencial para constituir la buena fe del adquirente en los términos del artículo 1051⁷¹⁰ del Código Civil y del artículo 392 del actual Código Civil y Comercial.⁷¹¹

Se debe tener presente que el sistema registral inmobiliario argentino no es convalidante,⁷¹² por lo que la llamada en doctrina “fe pública registral” no sanea los vicios de los que adolecen los títulos ingresados al Registro de la Propiedad, por lo que el hecho de que el transmitente tenga su título inscripto no hace presumir su bondad ni exactitud, derrumbándose así el dogma de la fe pública registral en relación a la titularidad dominial.⁷¹³

II. 1. Estudio de títulos antecedentes

En lo referente al estudio de títulos antecedentes, en primer lugar se debe tener presente que: “El estudio de títulos comprende el análisis de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega, referenciándose en sus originales las escrituras públicas y expedientes judiciales o administrativos que corresponda, mediante un examen exhaustivo de todos los titulares anteriores y las circunstancias por las que obraron hasta hallar un título traslativo, desde cuya fecha haya transcurrido el término prescriptivo (...)”.⁷¹⁴

En segundo lugar, en lo referente a su naturaleza jurídica, cabe determinar si esta actividad es facultativa o un deber del notario o del adquirente.

Se debe tener presente que en el ordenamiento jurídico argentino no existe norma alguna que determine específicamente la obligación para el notario

⁷¹⁰ Argentina. Ley N°340. *Código Civil de la República Argentina*. 25 de septiembre de 1869, artículo 1051: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”.

⁷¹¹ Cfr. CNCiv., Sala D, 18/5/1994, “Quiroga, M. c/ Inversiones Inmobiliarias SA y otros s/ Simulación”; y CNCiv., Sala F, 8/8/1994, “Frantini, Vladimiro c/ Demetrio, Alicia s/ C.S.D.”.

⁷¹² Cfr. Argentina. Ley 17.801. *Registro de la propiedad inmueble...* cit., artículo 4: “La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes”.

⁷¹³ Cfr. Alterini, J. H. (2005). “Seguridad jurídica con costos razonables. Fortaleza del régimen jurídico inmobiliario argentino”. En: *XV Congreso Internacional de Derecho Registral*. Tema I, El crédito inmobiliario hipotecario, UNA, Fortaleza, Brasil, noviembre de 2005, p. 23-24.

⁷¹⁴ Abella, A. N. (1993). “Estudio de Títulos”. En *Revista del Notariado*. N° 833. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, abril-junio 1993, p. 453.

o para el adquirente de realizar el presente estudio.⁷¹⁵ Pero el ordenamiento jurídico exige firmemente la obligación para el notario de asesorar (*cavere y responderé*)⁷¹⁶ al requirente, y la del contratante de obrar de buena fe.

Dentro de tal deber de asesoramiento se encuentra la obligación de advertir al adquirente del derecho, la fundamental conveniencia de realizar el estudio de títulos a fin de demostrar su cuidado y previsión como así también su actuar de buena fe, exigidos en el derogado artículo 1051 del Código Civil y en los artículos 390,⁷¹⁷ 392, 961 y 1902⁷¹⁸ del Código Civil y Comercial.

Siguiendo las conclusiones elaboradas por la Comisión del Tema I de la decimocuarta Jornada Notarial Iberoamericana,⁷¹⁹ se puede afirmar que, teniendo en cuenta que la seguridad jurídica significa la certeza de las normas vigentes y también la certeza por parte del titular de un derecho adquirido de que no será turbado en el ejercicio del mismo, el estudio de títulos es un elemento que coadyuva innegablemente a tal seguridad.

En esta labor, el notario es figura esencial ya que es él el que realiza el estudio de antecedentes controlando así la legalidad de los documentos, generando de este modo la llamada seguridad preventiva y el que informa a las partes de la conveniencia del mismo, contribuyendo a constituir la buena fe negocial. Solo es posible pensar en seguridad jurídica si existe seguridad documental.

⁷¹⁵ Cfr. Cabuli, E. (2016). "La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial". En *Anuario de la revista del notariado 2016*. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, p. 157.

⁷¹⁶ Cfr. Carnelutti, F. (1951). "La figura giuridica del Notaro". En *Revista del notariato*. Milano: Giuffrè, p. 11-12.

⁷¹⁷ Argentina. Ley N°26.994. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Boletín Oficial, 08 de octubre de 2014, artículo 390: "Restitución. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto".

⁷¹⁸ Argentina. Ley N°26.994. *Código Civil y Comercial de la Nación...cit.*, artículo 1902: "...La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial".

⁷¹⁹ Cfr. *XIV Jornada Notarial Iberoamericana. Conclusiones*. Tema I: "Seguridad Jurídica en el tráfico de bienes y derechos, con especial referencia al control de legalidad y uso de las nuevas tecnologías." Punta Cana, República Dominicana, 3-6 de Junio de 2010.

III. Conclusión

En conclusión, es posible reafirmar que el principio de *bona fides*, que precisamente emerge en la tradición civilista, debe ser entendido como una regla de conducta a la que las partes deben atenerse en la conformación y ejecución del contrato, y también, como una fuente de integración del contenido de la relación obligatoria. Esto pone de manifiesto la relevancia en la conformación del contenido de la buena fe del rol no solo del juez, sino también de todos los operadores del derecho y en particular del notario latino, el que se constituye así en el paladín de uno de los principios fundamentales del sistema jurídico romanista.

IV. Bibliografía

Abella, A. N. (1993). “Estudio de Títulos”. En *Revista del Notariado*. N° 833. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, abril-junio 1993.

Alterini, J. H. (2005). “Seguridad jurídica con costos razonables. Fortaleza del régimen jurídico inmobiliario argentino”. En *XV Congreso Internacional de Derecho Registral*. Tema I, El crédito inmobiliario hipotecario, UNA, Fortaleza, Brasil, noviembre de 2005.

Amelotti, M. (1996). *Dall'epoca postclassica all'età giustiniana*. En: *Scritti giuridici*. Torino: G. Giappichelli Editore.

Cabuli, E. (2016). *La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial*. En *Anuario de la revista del notariado 2016*. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina.

Cardilli, R. (2010). *Bona fides tra storia e sistema*. Torino: G. Giappichelli Editore.

Carnelutti, F. (1951). *La figura giuridica del Notaro*. En *Revista del notariato*. Milano: Giuffré.

Samper, F. (2000). *Instituciones Jurídicas de Gayo. Texto y Traducción*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.



UFLO
UNIVERSIDAD

El presente libro recupera las ponencias presentadas en el V Congreso de Principios Generales y Derecho Romano realizado en octubre de 2018.

El evento se lleva a cabo de forma anual en la Universidad de Flores, donde reconocidos expertos tratan distintas aproximaciones a la problemática que los reúne.

