



ESTUDIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO ROMANO

JORGE ADAME GODDARD
HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

Editores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESTUDIOS LATINOAMERICANOS
DE DERECHO ROMANO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 812

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Jorge Adame Goddard y Horacio Heredia
Cuidado de la edición

Horacio Heredia
Formación en computadora

José Antonio Bautista Sánchez
Apoyo editorial

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

ESTUDIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO ROMANO

JORGE ADAME GODDARD
HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

Editores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2017

Estudios latinoamericanos de derecho romano se editó por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Dirección General de Asuntos del Personal Académico a través del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT), Proyecto IG300214.

Primera edición: 24 de noviembre de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-9709-0

CONTENIDO

Introducción	XI
Jorge ADAME GODDARD	
Horacio HEREDIA VÁZQUEZ	

Advertencia	XIII
-----------------------	------

HISTORIA, ENSEÑANZA Y FUENTES DEL DERECHO ROMANO

Introducción <i>Pro memoria</i>	3
Pierangelo CATALANO	

La ‘lectura’ de la <i>Lex de imperio Vespasiani</i> realizada por Cola di Rienzo . . .	21
Giuditta CAVALLETTI	

1975-2015. Cuarenta años de derecho romano en Cuba.	35
Julio Antonio FERNÁNDEZ ESTRADA	

Aportaciones de las tesis jurídicas novohispanas del siglo XVII	51
María Fernanda GONZÁLEZ GALLARDO	

El asesor letrado: factor de enlace en la recepción del derecho romano canónico en las dos repúblicas indianas (garante de la legalidad, del arbitrio judicial, de la interpretación legislativa, de la motivación y la argumentación judicial)	67
Adriana LÓPEZ LEDESMA	
María Elizabeth LÓPEZ LEDESMA	
Alejandro SÁNCHEZ LÓPEZ	

La corrupción electoral en la Roma republicana. El <i>Pro Murena</i> de Cicerón	103
Martha Elena MONTEMAYOR ACEVES	

Los fundamentos del derecho romano y la percepción jurídica de los indígenas en el <i>cursus</i> de Pedro Murillo Velarde	115
Belinda RODRÍGUEZ ARROCHA	
Las <i>res cottidianae</i> en la codificación mexicana de 1928.	131
Carlos SORIANO CIENFUEGOS	

DERECHO PRIVADO

La propiedad del petróleo en la Constitución mexicana. Análisis romanista	145
Jorge ADAME GODDARD	
Algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Antecedentes romanos y su tratamiento en el Código de Vélez Sarsfield .	169
Mirta Beatriz ÁLVAREZ	
Pertenencia colectiva, propiedad y 'comunidad'. La experiencia romana. .	193
Emanuela CALORE	
Sistema y <i>Allgemeiner Teil</i> . Consideraciones críticas sobre el peligro de abstracción	213
Riccardo CARDILLI	
Libertad testamentaria en Roma. Una aproximación a propósito del estado actual de la cuestión en Colombia	233
Jorge Alberto COLMENARES	
El daño corporal, un problema real. (Permanencia de las instituciones y principios de derecho romano en los ordenamientos jurídicos modernos)	257
Georgina Alicia FLORES MADRIGAL	
D.9,2,27,14 y el alcance de la tutela aquiliana	273
Horacio HEREDIA VÁZQUEZ	
Cuota del socio de industria en el derecho romano... ¿Una posibilidad abandonada en el derecho dominicano?	291
Gisell LÓPEZ BALDERA	

<i>Contrarius consensus</i> y contrato eliminatorio en el derecho latinoamericano	307
Roberta MARINI	
¿ <i>Mutuum sub condicione</i> ? A propósito de D.12,1,7 y D.12,1,8	331
Jorge MENABRITO PAZ	
Derecho de superficie: su resurgir, tal la idea del derecho romano, en el nuevo Código Civil argentino	341
Laura L. MICELI	
Los abusos contractuales y sus remedios: desde el derecho romano hasta la codificación civil y proyectos de armonización	353
Rómulo MORALES HERVIAS	
D.46,2,11 pr., perplejidades ante una presunta definición de la <i>delegatio</i>	379
Piero MOSCIATTI	
Concretezza e unità della <i>societas</i> romana	389
Pietro Paolo ONIDA	
Los ediles curules en Roma y el concepto de responsabilidad (contractual y extracontractual)	409
Graciano Eduardo PEREIRA	
Concepto de predio en las servidumbres: su ampliación en el sistema jurídico romano latinoamericano	423
Gian Franco ROSSO ELORRIAGA	
“El deber” de diligencia consigo mismo según las fuentes romanas	447
Lilian C. SAN MARTÍN NEIRA	
La responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos ocasionados por sus hijos	467
Mariana Verónica SCONDA	
Concesiones de bienes públicos y daños de los terceros: evolución histórica de la cláusula ‘ <i>sine iniuria privatorum</i> ’.	507
Andrea TRISCIUOGLIO	
<i>Possessio</i> antigua. Origen, como soberanía política	517
Laura Mercedes VELÁZQUEZ ARROYO	
Incorporación de la <i>fiducia cum creditore</i> en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.	529
Mónica VILLAGRÁN	

DERECHO PÚBLICO

Raíces romanísticas de la institución del Defensor del Pueblo.	551
Carlos R. CONSTELA	
El uso de los lugares públicos. D.43,8,2,3 <i>Publici loci, appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas, et ad insulas, et ad agros, et ad vias publicas itineraque publica pertineat.</i>	569
Bertha Alicia RAMÍREZ ARCE	
José Luis CUEVAS GAYOSSO	
Tribunales permanentes como medio de control de la corrupción de los magistrados: <i>crimen pecuniarum repetundarum</i> . Desde Roma hasta el derecho penal peruano	583
Rosario DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN	
Civilismo, <i>aequitas</i> y republicanismo romano en el constitucionalismo ecuatoriano y latinoamericano: viejos y nuevos paradigmas	599
Roque Armando FARTO BENAVIDES	
Los principios informantes del derecho público republicano romano. Su recepción en el diseño político-jurídico de la participación ciudadana en la República de Cuba	625
Joanna GONZÁLEZ QUEVEDO	
La intervención de la <i>civitas</i> en la esfera familiar como un elemento de la Constitución del principado: El caso de las <i>leges iuliae</i>	641
Maren GUIMARÃES TABORDA	
Paralelismos entre la visión romanista del modelo ius-publicístico republicano y el derecho municipal cubano de principios del siglo XX. Algunas referencias para la actualización institucional en Cuba	661
Orisel HERNÁNDEZ AGUILAR	
La essenza romana del “pensiero politico-giuridico latino-americano”. Caratteristiche e attualità del pensiero democratico: federalismo vero contro federalismo falso tra Europa e America	675
Giovanni LOBRANO	
El senado romano y su proyección actual	717
Marcial Antonio RUBIO CORREA	

INTRODUCCIÓN

Los artículos que componen este volumen parten de las ponencias presentadas por sus autores en el XIX Congreso Latinoamericano de Derecho romano, que se celebró los días 26, 27 y 28 de agosto de 2016 en la Ciudad de México, las cuales fueron posteriormente revisadas por los mismos autores para darles el formato y contenido propio de un artículo de investigación.

Los trabajos se distribuyen en tres partes: “Historia, enseñanza y fuentes del derecho romano”; “Derecho privado”, en la que se tratan problemas y temas actuales de este ámbito jurídico, vistos desde la óptica del derecho romano, gracias a lo cual se abordan con una perspectiva nueva, aprovechando la experiencia romana, que permite establecer un planteamiento crítico y respuestas armónicas; y, finalmente, “Derecho público”, en el que también se abordan los temas con acento en la comparativa con el derecho público romano.

Pese a la diversidad de temas, tono y tratamiento presentes en los diversos ensayos aquí reunidos, armoniza en ellos la conciencia de que el derecho romano es una herramienta útil, y en muchos casos necesaria, para la comprensión y crítica de la actualidad. La diversidad de temas y posturas, de enfoques y planteamientos, da buena cuenta de la vitalidad de esta disciplina, así como de la enorme gama de posibilidades que ofrece el derecho romano en el entendimiento de las realidades y en la oferta de soluciones para los problemas que afectan nuestro entorno.

Jorge ADAME GODDARD
Horacio HEREDIA VÁZQUEZ

ADVERTENCIA

Para la edición de este volumen se han acogido criterios particulares, por cuanto de complejo tiene uniformar artículos de autores de lengua y procedencia diversa. Así, por ejemplo, el lector advertirá que en algunas notas al pie de página, si en éstas se hace referencia a una obra, sobre el año de publicación aparecerá un número en superíndice: así se indica, en tal formato, la edición consultada. En otros casos, como cuando se hace una cita dentro de una cita, las comillas francesas anteceden a las inglesas (contrariamente al criterio habitual en nuestras colecciones), pues se trata de una regla estable en lengua italiana. Se ha buscado uniformar preferentemente los textos en español; aquellos en italiano se han conservado mayormente, en el entendido de que sus reglas ortográficas y usos editoriales y académicos no siempre son coincidentes con nuestros criterios: así, por ejemplo, el espacio que antecede y sigue a los guiones parentéticos, entre otros aspectos mínimos que advertirá el lector.

Respecto al uso de paréntesis (curvos, agudos o cuadrados), se siguen los criterios usuales de la notación filológica para indicar, según el caso, lagunas en el texto, interpolaciones o conjeturas de reconstrucción. Asimismo, para las citas de autores clásicos y de fuentes jurídicas antiguas, se siguen los criterios acostumbrados en publicaciones especializadas.

HISTORIA, ENSEÑANZA Y FUENTES DEL DERECHO ROMANO

INTRODUCCIÓN *PRO MEMORIA**

Pierangelo CATALANO**

SUMARIO: I. *Orígenes de los Congresos latinoamericanos de Derecho romano: Ciudad de México y Sassari.* II. *Los inicios de los Congresos latinoamericanos: Buenos Aires y Xalapa. Los desarrollos.* III. *Iniciativas mexicanas.* IV. *Otras iniciativas nacionales.* V. *La historia en el sistema jurídico: contra la “historische Krankheit” del historicismo.* VI. *Líneas de investigación y acción: contra la globalización del individualismo.* VI bis. *...y contra las abstracciones (“as-trattismi” según Giorgio La Pira) de los derechos positivos hodiernos.* VII. *El Pueblo romano “modèle de tous les Peuples libres” (J.-J. Rousseau).*

I. ORÍGENES DE LOS CONGRESOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO ROMANO: CIUDAD DE MÉXICO Y SASSARI

Según la tradición, la estatua de plata de San Gavino, militar romano, en la Catedral de Sassari proviene de México. No es una casualidad (la “casualidad” es solamente nuestra ignorancia).

Desde Roma, en noviembre de 1970 lanzamos, con el apoyo del Instituto Italo-Latino Americano, el primer “Cuestionario” sobre la enseñanza

* Originalmente, el texto del profesor Catalano llevaba el subtítulo “texto provisorio” e incluía la nota explicativa siguiente: “Algunas omisiones se deben a faltas de tiempo o de memoria o de noticias. Para el texto definitivo son necesarias sugerencias de integraciones, que el autor pide particularmente a los participantes del XIX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano”. (*N. del E.*)

** Profesor emérito de la Università di Roma ‘La Sapienza’, responsable de la Unità di ricerca ‘G. La Pira’ del Consiglio Nazionale delle Ricerche, presidente del Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto romano.

del derecho romano en América Latina.¹ En enero de 1972 tuvo lugar en la Universidad de Sassari el primer Incontro di Studi Latinoamericani² en el cual participó el actual presidente perpetuo honorario del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina, el sociólogo alemán Hanns-Albert Steger.³

En mayo de 1972 se constituyó el Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano y fue tomada, en la sede del Istituto Italo-Latino Americano, la decisión de constituir la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani-ASSLA; estas dos asociaciones tienen, respectivamente, presidencia y secretaría general en Sassari.

El 21 de julio de 1972, en la Universidad Nacional Autónoma de México, el II Congreso Interamericano de Derecho romano aprobó, por aclamación, la “Moción IV”, que daba al Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano el encargo de “concretizar a idéia” de la “manutenção de informações recíprocas” sobre estudios romanísticos. Recuerdo con “saudade” Alfonso Pereira, de la Universidade Federal da Paraíba, Secretario de la Associação Interamericana de Direito Romano, quien afirmó en dicha “Moción IV”: “existir, em Itália, organismo que pode concretizar a idéia, de que é cordenador o emérito mestre Catalano”.⁴ Presidía la Associação Interamericana el profesor de la Universidad Federal do Pará, Belém, Silvio Augusto de Bastos Meira, siempre presente. Ha sido éste, en Ciudad de México, el punto de partida de nuestra colaboración orgánica con colegas latinoamericanos: asociaciones, centros, congresos, seminarios.

En el II Congreso Interamericano participó Mercedes Gayosso, que inmediatamente fundó, el 8 de noviembre de 1972, el Seminario de Derecho romano de la Universidad Veracruzana.⁵ Desde el 1978 Mercedes Gayosso ha sido Secretaria general de la Secretaría permanente de los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano.⁶ Con Mercedes Gayosso colaboré

¹ Véase *Index*, núm. 4, 1973, “Diritto romano e università dell’America Latina”..

² Véase *Index*, núm. 4, 1973.

³ Cuyo texto fue en parte reproducido en el diario de Ciudad de México *Excelsior*, 21 de julio de 1972: véase *infra*, “Diarios mexicanos”.

⁴ Véase la “Memoria” del Congreso en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XXIII, Enero-Junio 1973, N. 89-90, p. 277; véase también *Index*, núm. 6, 1976, p. 141; *cf.* pp.132 y ss.

⁵ *Index* 6, 1976, pp. 210 ss.; véase también *Themis. Revista Facultad de Derecho*, Universidad Veracruzana, año 1, núm. 2, julio-diciembre 2000, pp. 10-13.

⁶ Véase *Diario Xalapa*, 28 de julio de 1978, “Xalapa, Sede Organizadora de los Congresos de Derecho Romano”; *Gráfico de Xalapa*, 28 de julio de 1978, “Eligen a la Lic. Gayosso, Secretaria Permanente de Congresos de Derecho Romano” (véase *infra*, Diarios mexicanos).

siempre, hasta al convenio de colaboración académica del 21 de marzo de 2014, ahora *in omne aevum*.

En marzo de 1973, en Sassari, a la conclusión del Seminario sobre “Stato e Istituzioni Rivoluzionarie”, organizado por el Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano, cinco profesores latinoamericanos (J. Alvarado Henríquez, A. Guzmán Brito, A. E. Lapieza Elli, J. de J. Ledesma Uribe, S. A. de Bastos Meira) constituyeron el Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano.⁷ El Comité Latinoamericano fue dirigido por Ángel Enrique Lapieza Elli, de la Universidad de Buenos Aires, hasta su muerte en 1984.⁸

En mayo de 1973 ASSLA propuso al CNR-Consiglio Nazionale delle Ricerche, el proyecto de investigación “Elementos de Unidad y Resistencia del Sistema Jurídico Latinoamericano”, base de nuestros trabajos sobre el “bloque romano-ibérico-indígena”. La investigación, dirigida desde la Università di Sassari, ha tenido dos ramas fundamentales: “Derecho de familia” (gracias a Francesco Busnelli de la Università di Pisa) y “Derecho agrario” (gracias a Antonio Carrozza, siempre presente).⁹

La comparación de las instituciones de familia y agrarias con las instituciones del comercio ha sido profundizada después de un seminario organizado en la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, julio de 1979) gracias al colega Antonio Piras, también de la Università di Pisa.¹⁰

II. LOS INICIOS DE LOS CONGRESOS LATINOAMERICANOS: BUENOS AIRES Y XALAPA. LOS DESARROLLOS

En la ciudad de Santa María de los Buenos Aires Angel E. Lapieza Elli dio inicio, en 1976, a los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano.¹¹

El temario de estos Congresos, estudiado en función de las realidades jurídicas latinoamericanas, encuentra su primera formulación en una carta,

⁷ Véase *Index*, núm. 7, 1977, p. VII.

⁸ Sobre la colaboración de este ilustre colega argentino, presente siempre, véase *Index*, núm. 14, 1986, “A la memoria de Angel Enrique Lapieza Elli”, pp. XIII y ss..

⁹ Sobre el contexto romanista y los desarrollos de esta investigación véase P. Catalano en *Labeo*, núm. 20, 1974, pp. 433-435; *Index*, núm. 20, 1992, pp. 405-408.

¹⁰ Véase Consiglio Nazionale delle Ricerche, *Progetto speciale “Italia-America Latina”*, *Ricerche giuridiche e politiche coordinate dall’ASSLA*, Materiali VI, Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano, II, Problemi del diritto commerciale, Sassari 1990.

¹¹ Véase *Index*, núm. 6, 1976, pp. 147 y ss.

fecha en febrero de 1975, del miembro argentino del Comité latinoamericano Angel E. Lapieza Elli, en preparación del Primer Congreso: “Derecho Público: Estado y revolución en Roma. Derecho Privado: Presencias de las soluciones iusromanas en el derecho obligacional de los estados latinoamericanos – Posibilidad de legislar en una codificación uniforme, en tal campo, para todos los pueblos hermanos de Latinoamérica”.¹²

El 1 y 2 de agosto de 1975 se celebraron en Buenos Aires las Jornadas preparatorias del Primer Congreso; participaron también colegas pertenecientes a varias universidades de México, Paraguay, Perú y Uruguay. En esta ocasión los romanistas fueron recibidos por el Presidente del Senado de la República Argentina y Presidente del Parlamento Latinoamericano, Italo A. Luder, que subrayó la importancia del estudio del Derecho romano en vista de una integración jurídica, cada vez mayor, de América Latina, asegurando su patrocinio al Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Romano.¹³

En 1976 se llevó a cabo en Buenos Aires el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, es decir la primera reunión de romanistas definida formalmente en base a la individualidad histórica del ámbito científico latinoamericano y por consiguiente de las características estructurales y funcionales de los estudios de derecho romano en América Latina.¹⁴

En 1978 el Seminario de Derecho Romano de la Universidad Veracruzana organizó en Xalapa el Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho romano (24-28 de julio).¹⁵ En este Congreso Mercedes Gayosso fue elegida Secretaria General de la organización (véase *supra*, par. 1).¹⁶

La línea del temario arriba indicado ha sido mantenida, con sucesivas precisiones y nuevos desarrollos: Bogotá (1981), Brasilia (1983), Lima (1985), Mérida (1987), Rio de Janeiro (1990), Santiago de Chile (1992), Xalapa (1994), Lima (1996), Buenos Aires-Morón (1998), Panamá (2000), La Habana (2002).¹⁷

¹² Véase ya Ángel E. Lapieza Elli, “Palabras en la inauguración del Centro de Investigación, Documentación y Difusión del Derecho Romano (Buenos Aires, 27 de marzo de 1974)”, en *Index*, núm. 6, 1976, pp. 206 y s.

¹³ Véase *Index*, núm. 6, 1976, pp. 129 y ss.

¹⁴ Véase P. Catalano en *Iura*, núm. 27, 1976, pp. 228 y ss.

¹⁵ Véase *Index*, núm. 6, 1976 [1983], pp. 156 y ss.

¹⁶ Véase la *Memoria del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, en *Externado. Revista de la Universidad Externado de Colombia*, núm. 2, 1985, 442 pp.

¹⁷ Véase *Index*, núm. 6, 1976, pp. 156 y ss.; núm. 14, 1986, pp. 354 y ss.; 366 y ss.; 370 y ss.; núm. 18, 1990, pp. 510 y ss.; núm. 19, 1991, pp. 660 y ss.; núm. 20, 1992, pp. 405 y ss.; núm. 24, 1996, pp. 487 y ss.; 493 y ss. 508 y ss; véase también P. Catalano, “Principios romanos 30 años después (de México 1972 a Cuba 2002)”, en *Roma e America. Diritto romano comune*,

Y adelante en este siglo: Buenos Aires 2004; Morelia 2006; San José de Costa Rica 2008; Lima 2011. Otra vez Ciudad de Panamá en 2013: XVIII Congreso, el último organizado por Mercedes Gayosso y Navarrete.

III. INICIATIVAS MEXICANAS

Distintas, pero en parte complementarias, han sido y son muchas iniciativas a nivel nacional. Me refiero, en primer lugar, al Primer Seminario Nacional [Mexicano] de Derecho Romano, organizado en Xalapa, en octubre de 1974 por el Seminario de Derecho Romano de la Universidad Veracruzana,¹⁸ con el Patrocinio del presidente de la República Mexicana, Luis Echeverría Álvarez.¹⁹ El documento conclusivo allí aprobado, concerniente al derecho romano como “fuerza de resistencia frente a las influencias externas” en América Latina, fue retomado por el IV Congreso Latinoamericano, en Brasilia, 1983 “Centenario de la muerte de Augusto Teixeira de Freitas”.²⁰

El Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, con la colaboración del Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano, organizaron el Primer Coloquio Italo-Mexicano de Derecho Romano, que trabajó del 25 al 27 de agosto de 1982.²¹ Este Coloquio se concentró en tres grandes temas: 1) Concepto de sistema jurídico romanista; 2) Recepción del Derecho romano en Latinoamérica, especialmente en México (en relación con este tema se destacaron el problema del influjo romanista en la codificación del derecho privado y el problema de la enseñanza del Derecho romano); 3) Posibilidad de interpretar con criterios romanistas el texto de la Convención Internacional de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.²²

núm. 14, 2002, pp. 3-15. Las “Premisas” de P. Catalano al XI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (Buenos Aires-Morón, 14-17 de septiembre de 1998) están publicadas en la recopilación *Collaborazione con il Comité latinoamericano para la difusión del Derecho romano*. Rassegna 1972-1998.

¹⁸ Sobre la gran labor desarrollada por el Seminario de Derecho romano de Xalapa, bajo la dirección de Mercedes Gayosso y Navarrete, véase la publicación de la Universidad Veracruzana: *Seminario de Derecho romano de la Facultad de Derecho, XXV Aniversario de su fundación. Publicación Conmemorativa*, Xalapa 1997; *Seminario de Derecho romano. XXVI Aniversario*, Xalapa 2000; *Seminario de Derecho romano. XXXV Aniversario*, Xalapa 2007.

¹⁹ *Index*, núm. 6, 1976, pp. 142 y ss.

²⁰ *Index*, núm. 14, 1986, pp. 369 y s.

²¹ Véanse las ponencias publicadas por la Universidad Nacional Autónoma de México: *Anuario Jurídico*, 11, 1984, pp. 233-429, con “Nota introductoria” de J. Adame Goddard.

²² Véase S. Schipani, en *Labeo*, núm. 29, 1983, pp. 227-229.

Organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana en el cincuentenario de su fundación, con la colaboración del Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano y con apoyo del Consiglio Nazionale delle Ricerche (a través del Seminario de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Sassari), tuvo lugar en Xalapa, los días 18 al 20 agosto de 1994, el IX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, sobre el tema “derecho romano y derechos indígenas: síntesis de América Latina”.²³

El trabajo de los colegas mexicanos desembocó en el VII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano que tuvo lugar en los días 15-17 de agosto de 2001 en Morelia, organizado por Militza Montes López; allí presenté la ponencia: “México 2001. Persona y familia en la perspectiva del bloque jurídico romano-indígena”, en la línea de la investigación sobre Elementos de unidad y resistencia del sistema jurídico latinoamericano.²⁴

Xalapa 1974: el primer inicio mexicano de nuestros trabajos, en el siglo pasado. Morelia 2001: un nuevo inicio.

IV. OTRAS INICIATIVAS NACIONALES

Muchas otras iniciativas nacionales se desarrollaron en estas décadas, a través de asociaciones y centros de estudio.

Debemos recordar las iniciativas tomadas, en colaboración con la Universidad Nacional de Asunción y con la Universidad N. S. de la Asunción, por la Asociación Paraguaya de Romanistas fundada el 1º de Septiembre de 1973 (la más antigua hoy existente en América Latina).²⁵ Óscar Paciello, siempre presente, fue su primer secretario ejecutivo; el fue gran propulsor también de los estudios sobre la inspiración romana del fundador de la Republica del Paraguay, el Cónsul y después Dictador José Gaspar Rodríguez de Francia. El VIII Seminario internacional José Gaspar Rodríguez de Francia (Asunción, 19-20 de septiembre de 2011) sobre “Identidad del Paraguay y tradición romana”, ha sido organizado en El Cabildo y en la Casa de la Independencia por el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL-Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

²³ Véase IX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano “El Derecho Romano y los Derechos Indígenas: Síntesis de América Latina”. *Memoria*, tomo I, Xalapa, 1996

²⁴ Véase *supra*, par. 1)

²⁵ Véase *Index*, núm. 6, 1976, p. 201; *cf.* pp. 155 y 231

En la República Oriental del Uruguay la enseñanza y los estudios del derecho romano han tenido varias vicisitudes durante la segunda mitad del siglo pasado, particularmente en la Universidad de la República.²⁶ Hay que señalar actualmente la actividad de la Universidad de Montevideo.

En la República Argentina, el I° Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, con el auspicio de la Universidad Nacional de Córdoba, tuvo lugar en Mayo de 1977, bajo la presidencia de Humberto Vásquez, siempre presente; las palabras inaugurales de Humberto Vásquez están impresas, con las conferencias y las conclusiones del Encuentro (60 pags).²⁷ El trabajo de la Asociación de Profesores Derecho romano de la República Argentina (ADRA), fundada en Córdoba en Agosto 1986 (presidente Humberto Vásquez, secretario general Juan José Alba Crespo,²⁸ se ha desarrollado hasta hoy. Continúa así la gran tradición romanista de Córdoba, destacada en el siglo pasado por Agustín Díaz Biolet, presidente de la Sociedad Argentina de Derecho Romano, gran estudioso de la obra de Dalmacio Vélez Sársfield y de las codificaciones.²⁹ En Córdoba, Juan Carlos Ghirardi tiene a su cargo la edición de la *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina*. En Buenos Aires, Norberto Rinaldi ha fundado el Instituto Dr. Lapieza Elli de estudios de Derecho Romano Lenguas Clásicas y Cultura Latina y dirige la revista *Lecturas de Derecho Romano* y la *Revista Latinoamericana de Derecho Romano*.

Los Coloquios Italo-Brasileiros de Direito Romano empezaron en Rio de Janeiro en 1980;³⁰ en 1999 el VI Coloquio fue organizado por la Universidad Federal de Pelotas (Rio Grande do Sul); el VII Coloquio fue organizado en Campo Grande, por la Universidade Católica Dom Bosco, los días 14-16 de agosto de 2002. El Centro de direito romano e sistemas jurídicos de la Universidade de Brasília se constituyó en 1982.³¹ En 2001 se ha constituido la URBS-União dos Romanistas Brasileiros (presidente Ronaldo Poletti, secretaria general Maria das Graças Pinto de Britto) cuyos trabajos

²⁶ Véase *Index*, núm. 4, 1973, pp. 251 y ss.; 6, 1976, pp. 201-202 n. 8; hasta 1970 véase Blas E. Rossi Masella, *Manual de Derecho romano*, Fundación de Cultura Universitaria, 1978, pp. 15-32.

²⁷ Véase también *Index*, núm. 6, 1976 [1983], p. 151 y ss.

²⁸ Véase *Index*, núm. 18, 1990, pp. 514 y ss.; 24, 1996, pp. 500 y ss.)

²⁹ Véase J.C. Ghirardi (dir.), *El estudio y la investigación del Derecho romano en la Provincia de Córdoba: período 1779-2005*, Universidad Católica de Córdoba

³⁰ Véase *Index*, núm. 20, 1992, pp. 423 y ss.

³¹ Sobre los Seminarios 'Roma-Brasilia' (1984-2005) véase la *Revista de la Faculdade de Direito de la Universidade de Brasilia*, dirigida por Ronaldo de Britto Poletti: "Notícia do Direito Brasileiro", nova série 16, 2011. Sobre los Seminarios 'Rio-Roma Americana' (2000-2006) véase brevemente la revista *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 23, 2007, pp. 190 y s.

han desembocado, en 2013, en el Primer Fórum brasileiro de Direito romano, organizado por Ana Lucia Lyra Tavares de la Universidade Católica do Rio de Janeiro. La Universidade de São Paulo ha instituido el primer maestrado de derecho romano en América (Mestrado em Direito Romano e Sistemas Jurídicos Contemporâneos, coordinado por Helcio Madeira) que se inauguró el 28 de Septiembre de 2010.

En la República de Chile Alejandro Guzmán Brito, de la Universidad Católica de Valparaíso, fundó en 1976 y dirige la revista *Estudios Histórico-Jurídicos*, en que colaboró Hugo Hanisch Espíndola siempre presente. Alejandro Guzmán Brito participó ya en el Congreso Interamericano de México 1972, con una fundamental ponencia sobre “La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica”.³²

Sobre las iniciativas romanistas en la República de Cuba puede verse con provecho el texto del colega Julio Antonio Fernández Estrada, incluido en este mismo volumen, además de algunos otros señalamientos que incluyo en nota.³³

En la República de Panamá apercibimos la herencia de Camilo Pérez. En la primera “Mesa” del II Congreso Interamericano de Derecho Romano participó, como secretario, Camilo Octavio Pérez Hernández, Vice decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, quien pronunció un discurso durísimo sobre la cuestión del Canal.³⁴ *In Memoriam* del amigo Camilo, asesinado el 31 de octubre de 1988, ha sido dedicado el Primer Seminario Internacional de Derecho Romano de Panamá (25 de febrero – 1 de marzo 1991): “Insigne Romanista y Magistrado probo, quien pagó con su vida la defensa vertical que hizo de los derechos humanos, la justicia, el derecho”.³⁵ En la Ciudad de Panamá, lugar simbólico también bolivarianamente, Graciano Pereira ha organizado, además del Seminario Ítalo Panameño de 1991, los Congresos Latinoamericanos de 2000 y 2013 (véase *supra*, par. 2).

En la República de Colombia hemos admirado la fuerte actuación del Rector de la Universidad Externado de Colombia, el gran civilista Fernando Hinestrosa, siempre presente. El Centro de Documentación y Difusión Ro-

³² Véase *Index*, núm. 6, 1976, pp. 74 y ss.

³³ Véase *Index*, núm. 20, 1992, pp. 409 y ss.; 24, 1996, pp. 498 y ss.; 25, 1997, pp. 105 y ss.; los textos de Julio Fernández Bulté, siempre presente, en P.P. Onida y E. Valdés Lobán (coords.), Sassari 2007 *Memorias del II Seminario en el Caribe. Derecho romano y Latinidad* (La Habana, 12-14 de Febrero de 2004), 2ª ed., Napoli, 2011, y P.P. Onida, “Ricordo di Eurípides Valdés Lobán. Diritto romano nel Caribe”, en *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, núm. 6, Sassari 2007, pp. 3-10. El VII Seminario ha sido organizado en 2014.

³⁴ Véase *Index*, núm. 6, 1976, p. 135.

³⁵ Véase *Index*, núm. 20, 1992, pp. 415 y ss.

manística de Colombia, fundado el 12 de noviembre de 1975, está a cargo de Emilssen González de Cancino de la Universidad Externado de Colombia.³⁶

En la República del Perú han actuado la Universidad Mayor de San Marcos, la Universidad de Lima y sobre todo, gracias al Rector Marcial Rubio Correa, la Pontificia Universidad Católica del Perú.³⁷

En la República del Ecuador el Primer Congreso Italo-Ecuatoriano de Derecho Romano ha tenido lugar en Quito, 24-25 de noviembre de 1988.³⁸

En la República Bolivariana de Venezuela el romanista de la Universidad de Mérida Gelasio Cermeño Tapia, siempre presente, fundó la Asociación Venezolana para el Estudio y Difusión del Derecho Romano.³⁹ Recién se constituyó, gracias a Emilio Spósito Contreras de la Universidad Central de Venezuela, la Sociedad Venezolana para el Estudio del Derecho Latinoamericano, que publica *Ultima Ratio. Boletín jurídico semestral*.

V. LA HISTORIA EN EL SISTEMA JURÍDICO: CONTRA LA “*HISTORISCHE* *KRANKHEIT*” DEL HISTORICISMO

El trabajo del Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano se ha desarrollado, en más de 40 años, en conexión a las vicisitudes de la independencia, también cultural, y de la identidad jurídica de América Latina.

Advirtió un colega colombiano, frente a la amenaza de reducción de la enseñanza del Derecho romano: “esperemos que ... no estemos cambiando nuestra herencia jurídica por el plato de lentejas del *American Way of Life*”.⁴⁰ En esta línea ya se había manifestado Emilio Betti en sus visitas a universidades de Brasil y Venezuela a mediados del siglo pasado.

En noviembre de 1974, en Roma, durante el Primer Seminario organizado por ASSLA, sobre el tema América Latina y Europa: la presencia italiana en las relaciones entre las dos áreas, Giorgio La Pira criticó, en la

³⁶ Véase *Index*, núm. 6, 1976, pp. 208 y s.; núm.18, 1990, pp. 519 y s.; núm.24, 1996, pp. 504 y s.

³⁷ Véase el volumen *Insegnamento del diritto romano in Perù*, a cura di E. Méndez Chang (CNR, Progetto Italia-América Latina. Ricerche giuridiche e politiche coordinate dall’ASSLA, Rendiconti VII), Sassari, 1993; véase también *Index*, núm. 18, 1990, pp. 517 y s.; núm. 20, 1992, pp. 421 y s.; núm. 24, 1996, pp. 502 y ss.

³⁸ Véase G. Lobrano en *Index*, núm. 18, 1990, pp. 525 y s.

³⁹ Véase, ejemplarmente, *Boletín*, núm. 3, 1996-1997, Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (102 pp.).

⁴⁰ F. Betancourt en *Index*, núm. 6, 1976, pp. 208 y s.

clausura, algunas expresiones del Seminario, señalando: “*Le due aree, Europa e America Latina, sono una stessa area. C’è una unità di fondo. [...] unità storica, spirituale, culturale, giuridica (il Diritto romano) e, in qualche modo, anche sociale, economica e politica. L’area è la stessa: unitas orbis et pax orbis ex iure*”.⁴¹ Europa y América Latina, según Giorgio la Pira formaban una “unidad”: este profesor de derecho romano, ya constituyente de la Republica Italiana y alcalde de Florencia, se refería evidentemente a la Europa entera (recordemos el “*pelegrinaggio*” de Giorgio La Pira a Moscú, a partir de Fátima, en 1959) y no a la entidad “Comunidad Europea”.⁴²

Pero hay que destacar la diferencia entre la actitud mayoritaria de los romanistas europeos y la de los latinoamericanos. La acción de los profesores de derecho romano de América Latina, dirigida prevalentemente a la enseñanza (siguiendo una tradición y una exigencia de las universidades latinoamericanas), ha llegado, a partir de los años setenta, a extenderse bastante en el campo de la investigación. Dicha tendencia conduce no solo a encuentros de estudio a nivel nacional y latinoamericano, sino también a nuevas formas organizativas para la documentación y la difusión del derecho romano y, sobre todo, a reforzar el estudio romanista en función crítica actual. En la dimensión internacional y latinoamericana los romanistas de América Latina recuperan su gran y pleno papel, más allá (y quizás, alguna vez, también en contra) de un ejercicio de formación profesional cuya utilidad quede circunscrita en el derecho de cada uno de los Estados.

En América Latina no se padece la “enfermedad histórica” y podemos cultivar la historia “con finalidad de vida” (he usado palabras de Friedrich Nietzsche). Los romanistas latinoamericanos pueden fácilmente referirse a Gayo y Justiniano: de cada cosa el principio es “la parte más importante” (*potissima pars*). No el sistema (disuelto) en la historia sino, por el contrario, la historia (vital) en el sistema.⁴³

VI. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN Y ACCIÓN: CONTRA LA GLOBALIZACIÓN DEL INDIVIDUALISMO

Se me permita sintetizar las líneas hacia el futuro con palabras latinas: *homines, terrae, populi, utilitas publica, bona fides, ius naturale, ius gentium, pax deorum*.

⁴¹ Véase *Quaderni Latinoamericani*, núm. I, 1977, p. 79; *cfr.* p. 10.

⁴² Véase *infra*, par. 7, a propósito de las Islas Malvinas.

⁴³ Véase *Digesta Iustiniani*, libro I, título II, ley 1.

A) *Homines*. Persona y familia (*iura personarum*): el problema del “derecho de familia”. La defensa de los “hombres concebidos” (*qui in utero sunt*). La defensa de los extranjeros migrantes. El crecimiento de la ciudadanía (*civitas augecens*).

B) *Terrae*. *Ager publicus* y *ager privatus*. El origen romano del “derecho agrario”. Las *res communes omnium*, el derecho natural y la defensa del medio ambiente. Contra el “derecho de propiedad” del individualismo burgués.

C) *Populi*. Pueblo es el conjunto (*universitas*) de los ciudadanos. El problema del “Estado”.

D) *Utilitas publica*. Superioridad del *ius publicum*; fundamentación del *ius honorarium*. El origen romano (según Antonio Gramsci) del constitucionalismo. El modelo romano según Rousseau y Bolívar.

E) *Bona fides*. Aspectos actuales del comercio y de la finanza. Contra la “usurocracia” (palabra del poeta, y también economista, Ezra Pound) es decir el “imperialismo internacional del dinero” (en la terminología de los Pontífices romanos). La defensa de los hombres “nuevos esclavos” por causas de las (llamadas) deudas.

F) *Ius naturale, ius gentium*. Estos *iura* se refieren al mismo tiempo (mas allá de la distinción *publicum-privatum*) a *homines* y *populi*. Contra la guerra. Aspiración “romana” a una *auctoritas publica universalis* (non identificable con los hodierna *gremia internationalia*: constitución *Gaudium et spes*, 82). El problema del “derecho internacional” (y de los “derechos humanos”). El tema del *imperium*.

G) *Pax deorum*. Contra la *Isolierung* del derecho respecto a la religión y a la moral. Sin Dios no existe el derecho (según la opinión del triunviro de la República romana Giuseppe Mazzini).

VI BIS. ...Y CONTRA LAS ABSTRACCIONES (“ASTRATTISMI” SEGÚN GIORGIO LA PIRA) DE LOS ORDENAMIENTOS POSITIVOS

La “revolución jurídica” (¡solamente el termino puede remontarse a Mommsen!) latinoamericanista es un re-greso al *ius-ars boni et aequi* (sistema jurídico) “válido” *in omne aevum*, distinto de los “efectivos” ordenamientos (organizaciones) estatales, internacionales, globales, criminales etc.

Máximo ejemplo de re-revolución: re-gresar al concepto concreto de persona(-hombre) contra la abstracción “sujeto” del subjetivismo. La “concretezza” de la jurisprudencia romana contra los “astrattismi” hodiernos (ver los escritos de Giuseppe Grosso y Giorgio La Pira).

VII. EL PUEBLO ROMANO “*MODÈLE DE TOUS LES PEUPLES LIBRES*” (J.-J. ROUSSEAU)

Se trata, fundamentalmente, de re-gresar al concepto concreto *populus*, contra la abstracción “Estado”.

El modelo del pueblo romano, que deriva de Jean-Jacques Rousseau, resiste en América gracias al dictador de la República del Paraguay José Gaspar Rodríguez de Francia y a los proyectos constitucionales del “Liberador” Simón Bolívar.⁴⁴

No olvidamos el pensamiento y la acción de Mariano Moreno en Argentina y de José María Morelos en México.⁴⁵

La constitución del Emperador Caracala (Antonino Magno), de origen africano, sobre la ciudadanía romana, la cual celebramos en el Capitolio en 2012, resiste en la interpretación del derecho positivo del Imperio del Brasil según Augusto Teixeira de Freitas. Es otro ejemplo de la actualidad del derecho romano.⁴⁶

La distinción entre *hostes* (enemigos) y *latrones* (piratas), que se debe a los antiguos *ius fétiale* y *ius gentium*,⁴⁷ se expresa en la opinión del Pueblo argentino acerca del conflicto de la Islas Malvinas.

Todos los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano han reafirmado la exigencia de desarrollar el estudio del derecho público romano

⁴⁴ Véase *supra*, par. 4.

⁴⁵ El trabajo del antiguo Rector de la Universidad Veracruzana, Roberto Bravo Garzón, siempre presente: “Rousseau en el pensamiento político de Morelos y en la Constitución de Apatzingán (1814)”, en CNR, Progetto speciale ‘Italia America Latina’, Ricerche giuridiche e politiche coordinate dall’ASSLA, Rendiconti IX, Costituzionalismo latino II, Sassari 1996, pp. 1-33.

⁴⁶ Véase ejemplarmente el artículo de Militza Montes López, de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo: “Globalización y migración. Una visión desde el Derecho romano”, en P.P. Onida y E. Valdés Lobán (coord.), *Identidad e integración latinoamericana y caribeña. II Seminario en el Caribe. Derecho romano y latinidad (La Habana-Cuba, 12 al 14 de febrero de 2004)*, Napoli, Università degli Studi di Sassari, Jovene Editore, 2011, pp. 81-90.

Recuerdo el Seminario sobre “El uso de la fuerza en la solución de los conflictos internacionales. El conflicto de las Islas Malvinas”, organizado en Turín (6-7 de mayo de 1983) por ASSLA-Associazione di Studi Sociali Latinoamericani, el Istituto Universitario di Studi Europei de Turín en colaboración, gracias a Juan Carlos Puig, ex Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, con el Instituto de Altos Estudios de América Latina de Caracas. Véase el “Discurso” de P. Catalano en la Sesión de clausura del Seminario “El uso de la fuerza en la solución de los conflictos internacionales. El conflicto de las Islas Malvinas”, en *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad Simón Bolívar, 19/22, Número especial “Malvinas”, Caracas, enero-diciembre 1983, pp. 8-11.

⁴⁷ Véase Digesta Iustiniani 50,16,118.

en conexión con las realidades hodiernas de América Latina. Ya en 1972, en Ciudad de México, esta exigencia ha sido afirmada en la “primera Mesa de trabajo”, sobre “El derecho romano en América”, del Segundo Congreso Interamericano de Derecho Romano.

Hay que destacar ahora el trabajo de Marcial Rubio Correa, Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y la presencia en nuestros Congresos de Carlos Constenla, Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo, con sede en Buenos Aires.

Sassari, 15 de agosto de 2015, Fiesta de la Asunción

«EXCELSIOR» México, 21 de Julio de 1972

Los Nazis, Contra el Derecho Romano

- ★ Opiniones del Prof. Pierangelo Catalano
- ★ Muchos Romanistas Latinoamericanos
- ★ "El Derecho Romano es Apasionante"

✪ Por GUADALUPE APPENDINI

"...¡No ha pasado de actualidad el derecho romano! Lucharon contra él inútilmente los nazis; los países socialistas después de la hostilidad inicial, lo han restablecido en sus universidades. Es necesario para los juristas, para que entiendan críticamente la organización de la sociedad".

SIGUE EN LA PAGINA DOS



Profesor Pierangelo Catalano

Dejo lo anterior el profesor Pierangelo Catalano, presidente de la Sociedad de Investigaciones sobre la difusión del derecho romano, que dirige una encuesta del Consejo Nacional de la Investigación Científica de Italia, patrocinada por el Instituto Italo Latinoamericano. Asiste al II Congreso Interamericano de Derecho Romano, que se efectúa en esta ciudad.

El abogado turinés, profesor en las universidades de Sassari y de Milana, autor de varios libros y muchos artículos sobre derecho romano y la reforma universitaria de Italia, habla en una entrevista exclusiva para EXCELSIOR.

Sobre el Instituto Italo Latinoamericano, dice Catalano:

"Es un organismo dirigido por los embajadores de los diferentes países de Latinoamérica en Roma. Actualmente lo preside el embajador Francisco Medina Azconzo.

"La encuesta la inició el entonces secretario general del Instituto, embajador Enrico Aillaud y la ha continuado el actual secretario general, embajador Carlo Petrone Capono.

"Se inició con el envío de cuestionario a todas las universidades latinoamericanas, para conocer los aspectos legislativos y estadísticos —número de profesores y alumnos— de la enseñanza del derecho romano y los problemas de la investigación científica.

"Los primeros resultados de la encuesta se obtuvieron de América Latina, de Guatemala hacia el sur, y han sido sorprendentes. Esta orientación sería de grande utilidad si los romanistas latinoamericanos colaboraran constantemente entre ellos, por medio de una única revista latinoamericana e investigaciones coordinadas.

"El estudio del derecho romano es apasionante; es difícil que otra materia jurídica tenga la capacidad de llenar todos los aspectos humanos, que ningún derecho positivo puede tener".

★

El maestro Pierangelo Catalano continúa:

"El profesor alemán, Hans Albert Steger, coordinador general del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (éi no es

romanista, sino historiador y sociólogo) escribió en reciente artículo.

"La élite de los abogados luchó, desde las ciudades, contra el poder económico rural establecido durante la colonia, es decir, contra la hacienda. El siglo XIX se convierte así en un siglo de lucha entre abogados y caudillos, entre liberales y serviles (conservadores).

"Estructuralmente, los abogados actúan en América Latina de igual modo que los 'cives romani' de la antigüedad dentro del área circum-mediterránea; el derecho romano había entonces confirmado una alternativa 'abstracta' y viable para el futuro, desarticulando la tradición greco-helénica de la 'polis' e —igualmente— la tradición de las tribus como últimos resortes de una concretización territorial de la dominación romana. En el siglo pasado, los abogados eran —en eso estriba el gran paralelo histórico— los verdaderos 'cives romani' de América Latina.

"Desde principios del siglo presente, la 'nordomanía' surgida bajo el impacto de la industrialización europea y norteamericana (e ironizada por Rodó) se transformó paulatinamente en el 'herodianismo' actual tan característico de las clases dirigentes inmigradas intelectualmente de América Latina y en verdad actuando como agentes de enajenación de los latinoamericanos con respecto a sí mismos. La resistencia organizada contra estas tendencias, por ejemplo, por el indigenismo especialmente en el Perú, no tuvo éxito inmediato. Tampoco resultaron exitosas las tentativas de 'modernización' introducidas bajo el lema del pragmatismo norteamericano. La urbanización y las grandes migraciones de los dos últimos decenios condujeron al fracaso de estas tentativas mencionadas en última instancia".

★
Prosigue Steger:

Actualmente surge una generación de "ciudadanos del continente" y realizan un

cambio rotundo en la situación político-social del área. Esta generación ha superado las diferenciaciones nacionales y la dominación extranjera. Transforma el continente en la base teórica y práctica de sus acciones. Los nuevos ciudadanos del continente son —en un nivel más elevado— los sucesores de los abogados del siglo pasado. En consecuencia, es ahora tarea prioritaria de las universidades latinoamericanas fortalecer y no debilitar sus resortes jusromanistas.

Este no es el momento de retirarse hacia la historia documentada o la didáctica pura y simple, sino de actuar políticamente en la actualidad para instaurar nuevamente el derecho romano en sus funciones directivas dentro del proceso de modernización, industrialización y urbanismo de las sociedades latinoamericanas.

El gran paralelo histórico es la base del proceso de concientización de la juventud académica de hoy. La retirada hacia los conceptos del "American way of life" conduciría inmediatamente hacia el suicidio intelectual del mundo científico latinoamericano. Es la responsabilidad y, gracias a su núcleo estructural jusromanista, la tarea política de la universidad latinoamericana es ofrecer la gran alternativa institucional contra los conceptos de vida importados y ajenos a la realidad latinoamericana".

★

El profesor Catalano, de aspecto apacible y a la vez enérgico, en claro español continúa:

"Esto es, lo que al respecto escribe un profesor de ciencias políticas.

"Me parece muy acertada la frase de Steger: "Este no es el momento de retirarse hacia la histórica documentada o la didáctica pura y simple": en lo cual incurren algunos colegas que proponen reformar los sistemas de enseñanza del derecho romano".

Pierangelo Catalano, el científico italiano que nos visita, que por cierto acaba de editar su último libro "Tribunato e resistencia", sobre el derecho público romano en la edad moderna, del cual —según nos informaron en el congreso— sería muy interesante que se tradujera al castellano y fuera libro de estudio o consulta en todas las universidades de Latinoamérica, prosigue:

"Quiero señalar particularmente una ponencia hecha por el profesor Alejandro Guzmán Brito, de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile. "La fundación del Derecho Romano en la Unificación Jurídica de Latinoamérica".

"Porque con una investigación que se refiere directamente al enfrentamiento entre el sistema norteamericano y los sistemas jurídicos latinoamericanos, se puede fortalecer la individualidad cultural latinoamericana".

Dice el profesor Catalano, que no es necesario una reforma de la enseñanza, sino un fortalecimiento de la investigación a través de la constitución de algunos —pocos— centros de investigaciones científicas en América Latina de modelo europeo y el desarrollo de la investigación y de la enseñanza de derecho romano, particularmente sobre las instituciones públicas romanas.

Señala el profesor:

"Me parece que este congreso, en el cual, por primera vez están representados romanistas de casi todos los países de Latinoamérica, debe llegar a conclusiones de carácter práctico, organizativo, al fin de no perder la ocasión de demostrar constantemente, también a las autoridades políticas, cómo los romanistas latinoamericanos —más numerosos que los romanistas de Europa Occidental— representan una fuerza cultural e intelectual viva y consciente".



Xalapa, Sede Organizadora de los Congresos de Derecho Romano

La ciudad de Xalapa fue designada anoche sede de la Secretaría General de una comisión permanente que se integrará con todos los países latinoamericanos, para preparar los congresos subsecuentes de Derecho Romano y de inmediato el tercero que habrá de realizarse dentro de dos años.

Además, por unanimidad de los estudiosos que asisten al II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano fue designada para que

quede al frente de esa Secretaría General la licenciada Mercedes Gayosso y Navarrete, directora del Seminario de Derecho Romano de la Universidad Veracruzana.

La decisión fue tomada a propuesta del Dr. Angel E. Lapieza Elli, del Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano, durante una sesión plenaria que tuvo lugar en el Aula Magna de la Facultad de Derecho.

Al hacer la propuesta, el Dr. Lapieza dijo que las razones en que se apoyaba eran obvias: "La excelente organización, la capacidad de trabajo mostrada nos hace pensar que aquí puede muy bien coordinarse la labor de por lo menos el tercer congreso que habrá de celebrarse dentro de dos años".

Y cuando pidió que la licenciada Gayosso y Navarrete quedara al frente, ex-

continua



PRESIDIUM de la sesión plenaria del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano celebrado anoche en el Aula Magna de la Facultad de Derecho. Se ven el Dr. Angel E. Lapicza Elli, la licenciada Mercedes Gayosso y Navarrete y la licenciada Sara Bialostosky de Chazán.

presó que lo hacía pensando que interpretaba el sentimiento general de los congresistas.

También, se dejó al criterio de la licenciada Gayosso y Navarrete, designar a los miembros de la comisión permanente.

En la sesión plenaria al que asistió un regular número de personas y que junto con el Dr. Lapicza y la licenciada Gayosso estuvo presidida por la licenciada Sara Bialostosky de Chazán, del Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho en la UNAM, como secretaria general del Congreso, intervinieron el profesor Pierangelo Catalano, del

Grupo italiano para la Difusión del Derecho Romano y el profesor Sandro Schipani, director del Instituto Jurídico de la Universidad de Sassari, Italia.

Como nota curiosa se puede apuntar que el Dr. Carlos Rosenfeld, de la Universidad de Buenos Aires, provocó una discusión y pese a que se le rebatió y se le aclaró, se casó con sus puntos de vista cayéndose en un alegato inútil que finalmente por consenso mayoritario se dio por terminado.

El Dr. Rosenfeld pidió que sólo se comprendiera en la comisión permanente a

profesores de Derecho Romano y se le rebatió con bases que no que se tomara en cuenta a estudiosos de Derecho Romano y de Derecho Civil en general, de acuerdo al tiempo e interés que mostrarán.

LA 'LECTURA' DE LA *LEX DE IMPERIO* *VESPASIANI* REALIZADA POR COLA DI RIENZO

Giuditta CAVALLETTI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El descubrimiento del epígrafe*. III. *La vida de Cola di Rienzo*. IV. *La 'lectura' del epígrafe*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Cola di Rienzo, tribuno romano del siglo XIV, es considerado por la tradición el descubridor del epígrafe denominado *lex de imperio Vespasiani*,¹ documento en el cual se recopilan los poderes otorgados al primero de los Flavios y que, por su unicidad, se ha convertido en un instrumento fundamental en el estudio del mundo romano antiguo. En la *Cronica*, obra del Anónimo Romano del siglo XIV, se narra la lectura que, por voluntad de Cola, se hizo de esta inscripción en el año 1347, durante una reunión con algunos 'hombres sabios y poderosos' para anunciar el intento de restauración de la república que se quería llevar a cabo en la ciudad de Roma. En las próximas páginas se presentarán los elementos clave de esta narración, proponiendo una comparación con las cláusulas de la inscripción, así como nos han llegado, que deje en evidencia cuál es la cuestión central respecto de estos dos elementos narrativos: ¿los detalles que están presentes únicamente en el relato de Cola son una invención del tribuno o representan la interpretación que éste realizó de una parte de la tabla que no se ha conservado? La importancia de un análisis como el propuesto radica en el hecho que la l.d.i.v. representa uno de los testimonios epigráficos más importantes de la historia antigua, único por su género y por su contenido y, justo por estos dos elementos, se ha convertido en un

¹ De ahora en adelante l.d.i.v.

fragmento fundamental en nuestra reconstrucción de la constitución romana. En efecto, este documento es considerado por gran parte de los investigadores, empezando por Theodor Mommsen, el único ejemplo que nos ha llegado desde la antigüedad de una serie de *leges de imperio* a través de las cuales el pueblo y el Senado romano otorgaban el poder al nuevo emperador; por otros, se trata del testimonio de una *lex* única, creada *ad hoc* para el advenimiento de un *homo novus* como era Vespasiano, quien necesitaba legitimar su toma del poder.²

II. EL DESCUBRIMIENTO DEL EPÍGRAFE

Las fuentes históricas nos informan que Cola di Rienzo encontró la tabla entre los años 1346 y 1347, aunque él mismo, en una misiva del año 1350 al arzobispo de Praga Ernesto de Parbubitz,³ afirme que la inscripción se conocía ya en los tiempos de Bonifacio VIII (1294-1303), pero que el papa había ordenado que fuera, en primera instancia escondida, y luego utilizada como base del altar de la basílica de San Juan de Letrán en la ciudad de Roma. Se manifestaba así la preeminencia del poder divino respecto del poder terrenal. A causa de un incendio ocurrido en el año 1308 se empezaron, en la iglesia, diversos trabajos de restructuración que concluyeron en el año 1346; probablemente es este el momento en el cual el tribuno romano puede acercarse al epígrafe y utilizarlo como medio de propaganda política.⁴

En el año 1576, el papa Gregorio XIII ordena que la l.d.i.V. sea trasferida al Capitolio, como testimonio de su restitución al pueblo romano.⁵ Durante el pontificado de Clemente XII (1652-1740) la inscripción llegó a su sede definitiva, los Museos Capitolinos, y se colocó junto con ésta la siguiente anotación: “*SENATVS POPVLVSQVE ROMANVS / MONVMENTVM REGIAE LEGIS EX LATERANO IN CAPITOLIUM / GREGORII XIII PONT(IFICIS) MAX(IMI) AVCTORITATE REPORTATVM / IN ANTIQVO SVO LOCO REPOSVIT*”.⁶

² Lucrezi, Francesco, *Aspetti giuridici del principato*, Napoli, Jovene, 1995, pp. 112 y ss.

³ Cfr. Gabrielli, Andrea (a cura di), *Epistolario di Cola di Rienzo*, Torino, Bottega d'Erasmus, 1966, p. 165: “*Patet etiam de his quedam tabula magna erea, sculptis literis antiquitus insignita, quam Bonifacius Papa VIII in odium imperii occultavit et de ea quoddam altare construxit, a tergo literis occultatis. Ego autem ante tribunatus assumptionem posui illam in medio Lateranensis ecclesiae ornatam, in loco videlicet eminenti ut possit ab omnibus inspicere atque legi, et sic ornata adhuc permanet et intacta*”.

⁴ Cfr. Purpura, Gianfranco, “Sulla tavola perduta della Lex de auctoritate Vespasiani”, *MEP*, 2, 1998, p. 295.

⁵ Cfr. Buonocore, Marco, “La fortuna della lex de imperio Vespasiani in età umanistica: primi sondaggi”, *Lex de imperio Vespasiani e l'impero dei Flavi*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2009, p. 52.

⁶ Cfr. Forcella, Vincenzo, *Iscrizioni delle chiese e d'altri edifici di Roma dal secolo XI fino ai giorni nostri*, Roma, Tipografie delle scienze matematiche e fisiche, 1869, n. 40, p. 72.

Ahora bien, si la información que el mismo Cola proporciona es verídica, ¿quién descubrió el epígrafe y en qué momento y lugar físico se dio ese hallazgo? ¿Es posible rastrear alguna noticia útil en las obras que tenemos a disposición de autores más antiguos o contemporáneos al período de Cola? El glosador Odofredo, por ejemplo, hablando de un viaje realizado en Roma en el año 1236, declara haber visto, en Letrán, dos tablas antiguas que, a su criterio, pertenecían a la *lex duodecim tabularum*:⁷ se ha intentado justificar una afirmación tan increíble sosteniendo que se había confundido y que se trata de la l.d.i.V. y que su declaración demostraba la existencia de dos tablas.⁸

Tal suposición no puede ser de interés en nuestra búsqueda, dado que la descripción ofrecida por el autor mencionado no corresponde al texto de la *lex* que se ha conservado, la cual no presenta *scriptio continua*, sino una división muy clara en párrafos; además Odofredo era un profundo conocedor de derecho romano y es fácil conjeturar que hubiera entendido la importancia de unas cláusulas como las que componen el documento si hubiera tenido ocasión de leerlas y, además, se hubiera detenido en un estudio detallado del mismo.

Otra, posible, noticia de la *lex* se puede observar en los *Mirabilia* de Gregory, erudito inglés que visitó Roma en los últimos años del siglo XII y los primeros del XIII. Este autor habla de una tabla de bronce colocada en Letrán, frente de la estatua de la loba, en estos términos: “*Ante hanc in porticu ante hiemale palatium domini Papae aenea tabula est ubi pociora legis praecepta scripta sunt. Quae tabula prohibens peccatum dicitur. In hac tabula plura legi, sed pauca intellexi. Sunt enim afformismi, ubi fere omnia verba subaudiantur*”:⁹ también en este caso una comparación con la l.d.i.V. no parece ser una solución viable, puesto que en la l.d.i.V. no hay presencia ni de abreviaturas importantes ni de prohibiciones.

Significativo es el hecho que el texto no sea mencionado en la detallada edición de Carlo Sigonio (1520-1584) acerca de los *Fasti Consulares*, ni en el comentario de Pablo Manuzio (1512-1574) titulado *De legibus romanis*, o en una obra posterior siempre de Sigonio titulada *De antiquo iure populi romani*, aunque todos estos escritos traten de los conceptos de *lex regia* así como de *imperium*.

⁷ En la nota 32 de su artículo, Purpura, Gianfranco, *op. cit.*, nota 4, p. 275, cita estas palabras de Odofredo: “... et de istis duabus tabulis aliquid est apud Lateranum Romae et male sunt scriptae, quia non est tibi punctus nec in litera et nisi resolveritis ipsas non possetis aliquid intelligere”. (*Interpretatio in undecim primos libros*, I, 1,6).

⁸ Cfr. von Savigny, Friedrich Carl, *Storia del diritto romano nel medioevo*, Roma, Multigrafica, 1972, p. 419; Cantarelli, Luigi, *Studi romani e bizantini*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1970, p. 110; Calabi Limentani, Ida, *Epigrafia latina*, Milano, Cisalpino, 1991, p. 68.

⁹ Cfr. Rushforth, Gordon, “Magister Gregorius de Mirabilibus urbis Romae. A new description of Rome in the thelfth century”, *Journal of Roman Studies*, vol. IX, 1919, p. 17.

Por último, existe un indicio muy débil de que la *lex* fue leída ya en 1061, en tiempo de Gregorio VII, pero de ella es difícil presentar una explicación aceptable: el obispo Benzoni d'Alba, enviado imperial a Roma, haciendo muestra de particulares intereses históricos-epigráficos, cita a Vespasiano y declara que Roma “*caput mundi est bocata per magnum Tyberium. Multis plantis qui adauxit publicum pomerium*”.¹⁰ Se trata del mismo error de interpretación del término *pomoerium*¹¹ por *pomarium*¹² hecho por Cola de Rienzo cuando afirma que el emperador tiene la facultad de “*mancare o accrescere l'orgliardino de Roma*”.¹³ Es una confusión muy común en esta época, en relación con la denominación de Italia y de sus regiones, que es posible rastrear también el canto VI del *Paradiso* del poeta italiano Dante Alighieri cuando habla del “*giardin de lo imperio*”.¹⁴

Después del tribuno romano tenemos noticia de la *lex* en la obra de Francesco Zabarella (1360-1417), quien probablemente pudo ver el epígrafe en la puesta en escena decidida por el tribuno romano, en ocasión de un viaje realizado a Roma, entre diciembre de 1397 y los primeros meses del 1398. El autor no menciona el contenido de las cláusulas, afirma únicamente haber visto una tabla en la cual se describía el otorgamiento de la *potestas* a Vespasiano por parte del Senado y del pueblo romano;¹⁵ es probable que el fresco colocado a lado del epígrafe por voluntad de Cola, y del cual se hablará más adelante, haya contribuido a este tipo de interpretación.

La referencia siguiente a la inscripción en examen se encuentra en la obra de Nicola Cusano, *De concordantia catholica*, del año 1433, en donde el autor cita las noticias de Zabarella y lamenta el hecho de no haber podido ver el epígrafe, mientras en el siglo XVI éste es citado en las obras de Andrea Alciato (1492-1550). A partir de la publicación de la obra de Mario Sa-

¹⁰ MGH XIII [=SS XI, p. 598].

¹¹ Espacio, a ambos lados de la muralla de Roma, que no podía utilizarse ni por el cultivo ni por ser habitado y que servía para diferenciar el *pomerium domi* y el *pomerium militiae*.

¹² Frutero.

¹³ Se trata del segundo poder que Cola recuerda que fue otorgado a Vespasiano y se puede comparar con la cláusula quinta de la l.d.i.V., en la cual se habla del *ius proferendi pomerii* otorgado a Vespasiano. De este punto se hablará de manera más puntual y detallada en la parte dedicada a la traducción y análisis del epígrafe.

¹⁴ Cfr. Sordi, Marta, “Cola di Rienzo e le clausele mancanti della *lex de imperio Vespasiani*”, *Studi Volterra*, Milano, Giuffrè, 1971, vol. 2, p. 306.

¹⁵ “*Vidi tamen eneam tabulam in qua descripta est potestas per senatum et populum romanum tradita Vespasiano*”.

lamonio, *De principatu*, en 1578, la l.d.i.V. se convertirá en objeto de interés y de estudio constante a través de los siglos.¹⁶

Después de haber recordado, de manera concisa, el destino del epígrafe a lo largo del tiempo y antes de profundizar en la lectura que Cola dio del texto, es necesario recordar algunos elementos de su biografía que permitan evidenciar el contexto en el cual proponemos movernos.

III. LA VIDA DE COLA DI RIENZO

Cola di Rienzo nació en el año 1313 y trabajó en Roma como notario después de haber transcurrido su infancia en Anagni; frente a la desastrosa situación que vivía la ciudad en estos años, a causa de la ausencia de los papas y las consiguientes luchas cruentas por el poder que se desencadenaron entre algunas familias nobles, Cola y otras personalidades a él cercanas habían llegado a la conclusión que era de suma urgencia restaurar la justicia y el esplendor que habían caracterizado a Roma en las décadas anteriores, puesto que la ciudad se encontraba ahora, según el mismo Cola, abatida, sin poder ver su mísera condición porque sus ojos, el papa y el emperador, ya no se encontraban en su lugar.

En el año 1343 Cola fue enviado a la ciudad de Aviñón por el capitán del pueblo con el propósito de informar al papa Clemente VII acerca de la condición en la que se hallaba Roma y para pedirle que regresara inmediatamente. Su relato impresionó mucho al pontífice que lo nombró secretario de la Cámara Capitolina. Recubriendo este cargo, Cola fue preparando a la población, a través de discursos públicos y de contactos privados, para una conspiración. El 19 de mayo de 1347 convocó al pueblo a una reunión en el Capitolio en la que expuso sus planes y leyó una constitución democrática.¹⁷ En este momento se le entregó el mando absoluto, pero él prudentemente se limitó —por lo menos al principio— a aceptar únicamente el título de tribuno de la plebe y eligió como colega al vicario del papa, Raimundo, obispo de la ciudad de Orvieto.

Parecía haber empezado finalmente una época de paz, pero Cola se dejó llevar por su ambición de restituir la libertad a Italia y a Roma a través del nombramiento de un emperador italiano. El candidato a recubrir este importantísimo papel fue él mismo. El 1 de agosto del año 1347 se dieron a conocer, a través de un manifiesto público, las decisiones que unos me-

¹⁶ Cfr. Calvelli, Lorenzo, "Un testimone della lex de imperio Vespasiani del tardo Trecento: Francesco Zabarella", *Athenaeum*, Università degli Studi di Pavia, Pavia, núm. 2, 2011, p. 523.

¹⁷ Anónimo Romano, *Cronica*, a cura di Porta, Giuseppe, Milano, Adelphi, 1981, pp. 108 y ss.

ses antes un grupo de doscientos diputados, representantes de las ciudades italianas más importantes, reunidos por voluntad del mismo Cola, habían resuelto para el futuro de la ciudad. Los elementos sustanciales de este documento eran: (i) la validez de los derechos de Roma; (ii) la declaración de la preeminencia mundial de la ciudad; (iii) el otorgamiento de la ciudadanía romana a todas las ciudades de Italia; (iv) la necesidad de una elección imperial; (v) el elenco de los electores y los elegibles al imperio.¹⁸

Con este escrito, en resumidas cuentas, se declaraba libre a Italia y se otorgaba al pueblo el derecho a elegir a su propio emperador, es decir, el mismo Cola. Sin embargo, éste carecía de las calidades necesarias para crear un buen gobierno: se rodeó de lujos asiáticos y para costearlos se vio obligado a implementar nuevos impuestos y su conducta, cada día más autocrática y anticlesiástica, provocó discordias muy fuertes incluso entre sus partidarios. El obispo de Orvieto decidió abandonar a la ciudad de Roma, dejando en evidencia que no sólo se alejaba de Cola y de su actuar perverso, sino incluso lo denunciaba abiertamente frente a toda la comunidad. La ruptura con el papado y con las familias romanas que, inicialmente, lo habían respaldado se había consumado. El papa decidió repudiarlo y Cola fue obligado a refugiarse en el Castillo de Sant'Angelo; tres días más tarde, el 18 de diciembre de 1347, los barones pudieron restablecer el orden perdido. Al año siguiente decidió pedir ayuda al emperador Carlos IV (1316-1378), de estancia en la ciudad de Praga, pero éste le hizo prisionero; dos años más tarde, a petición del pontífice, Cola fue enviado a Aviñón donde, gracias a la intervención de un amigo muy influyente, el poeta italiano Francesco Petrarca, recibió un mejor trato.¹⁹ Cuando el papa Inocencio VI envió al cardenal Albornoz a Italia accedió a que Cola lo acompañase; los romanos, nuevamente sumergidos en un estado de anarquía, lo invitaron a regresar y el cardenal permitió que lo nombraran senador de Roma. El 1 de agosto de 1354 Cola entró triunfalmente en Roma, pero tampoco este nuevo gobierno duró mucho, una vez más a causa de los lujos y los impuestos exagerados necesarios para sufragarlos, así como por las

¹⁸ Cfr. *Briefwechsel des Cola de Rienzo*, ed. Konrad Burdach-Paul Piur, Berlin, Weidmann, 1912, lett. 16, p. 50.

¹⁹ El poeta y humanista italiano apoyó, por un cierto tiempo, el actuar de Cola y gracias a una carta de sus *Varie* (la número 38) se tiene noticia que en el año 1347 se escribieron cada día. Aunque la mayoría de estas cartas se han perdido, la epístola *Ad Nicolaum tribunum Urbis et ad populum* es un testimonio no solamente de esta relación, sino también de la transformación en las ideas políticas del poeta quien, alejándose del cardenal Colonna, a quien precedentemente estaba vinculado, esperaba que el proyecto de Cola se realizara. También en su *Bucolicum Carmen V*, denominado '*pietas pastoralis*', se hace mención de esta esperanza de Petrarca.

matanzas arbitrarias de las que era culpable. El 8 de octubre de 1354 Cola fue asesinado y su cuerpo arrastrado por las calles de Roma.

Gracias a este breve *excursus* acerca de la vida de Cola, es posible entender el uso que hizo de la l.d.i.V. como herramienta de persuasión política dentro del ambicioso plan que entendía realizar. El descubrimiento del epígrafe había sido para él importantísimo, porque significaba poder mostrar que existía un fundamento legal para el poder imperial y, al mismo tiempo, le permitía contrastar la soberanía de las familias nobles romanas cada día más fuerte. Sin embargo, representaba también un hallazgo sumamente peligroso porque, dando a conocer su existencia y utilizándolo como justificación de la forma de gobierno que se quería restablecer, dejaba muy en claro el hecho de que el poder divino tenía que someterse al poder temporal y convirtió a Cola en un enemigo que había que neutralizar.

IV. LA 'LECTURA' DEL EPÍGRAFE

A través de su obra denominada *Cronica*,²⁰ escrita entre los años 1347 y 1350, el Anónimo Romano²¹ recuerda diversos hechos acaecidos en esta época en la ciudad de Roma, así como las relaciones que existían, en este momento, entre el poder temporal por un lado y el papado por el otro, que había transferido su sede a la ciudad de Aviñón. El autor, en algunos pasajes, relata eventos que ha vivido en primera persona, mientras en otros alude a las narraciones de personajes que han estado presentes y consideradas, por este mismo motivo, fidedignas. En el caso del discurso hecho por Cola de Rienzo, frente al pueblo romano y a los nobles citados por la ocasión en la basílica de San Juan de Letrán en Roma, no sabemos si el autor asistió a este evento; a pesar de ello, su crónica ofrece detalles significativos que permiten realizar una comparación entre la 'lectura' del epígrafe, hecha por el tribuno romano, y el texto de la inscripción así como ha llegado hasta nuestros días.

²⁰ Obra escrita en su primera versión en lengua latina (ahora perdida) y, luego, en vulgar romanesco con la intención de que pudiera ser entendida por la mayoría del pueblo al que iba dirigida. Se componía de veintinueve capítulos, de los cuales solamente diecinueve han llegado hasta nuestros días (seis con lagunas muy severas). En el siglo XVI circulaban sólo algunos de los capítulos (desde el XVIII hasta el XXVII), denominados 'vida de Cola de Rienzo', por el protagonista de esas páginas. Esta parte fue, sucesivamente, publicada por Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) con el título de '*Rerum italicarum scriptores*', en el año 1740.

²¹ No hay noticias ciertas acerca de la identidad de este autor: Giuseppe Billanovich, en su obra *Come nacque un capolavoro: la 'cronica' del non più Anonimo Romano* (Roma 1995), lo ha identificado con el noble Bartolomeo di Jacovo da Volmontone (1310-1360), clérigo y médico quien tuvo ocasión de conocer, en la ciudad de Aviñón, a Petrarca y a Cola.

El Anónimo Romano relata el evento en cuestión con estas palabras:

... (Cola) ammonio lo puopolo per uno bello sermone vulgare lo quale fece in Santo Ianni de Laterani. Dereto dallo coro, nello muro, fece ficcare una granne e mannifica tavola de metallo con lettere antique scritta, lo quale nullo sapeva leiere né interpretare, se non solo esso. Intorno a quella tavola fece pegnere figure, como lo Senato romano concedeva la autoritate a Vespasiano imperatore. Là, in mieso della chiesa, fece fare uno parlatorio de tavole e fece fare gradi de lename assai aiti per sedere. E fece ponere ornamenta de tappiti e de celoni. E congregao moiti potienti de Roma, fra i quali fu Stefano della Colonna e Ianni Colonna sio figlio, lo quale era delli più scaitriti e mannifichi de Roma. Anche ce fuoro moiti uomini savii, iudici e decretalisti, moita aitra iente de autoritate. Sallio in sio pulpito Cola de Rienzi fra tanta bona iente. Vestuto era con una guarnaccia e cappa alamanna e cappuccio alle gote de fino panno bianco. In capo aveva uno capelletto bianco. Nella rota dello capelletto stavano corone de aoro, fra le quale ne stava denanti una la quale era partuta per mieso. Dalla parte de sopra dello capelletto veniva una spada d'ariento nuda, e la sia ponta feriva in quella corona e sì la partiva per mieso. Audacemente sallio. Fatto silenzio, fece sio bello sermone, bella diceria, e disse ca Roma iaceva abattuta in terra e non poteva vedere dove iacessi, ca li erano cavati li uocchi fora dello capo. L'uocchi erano lo Papa e lo Imperatore, li quali aveva Roma perduti per la iniquitate de loro citatini. Puoi disse: 'Vedete quanta era la mannificenzia dello Senato, ca la autoritate dava allo Imperio'. Puoi fece leiere una carta nella quale erano scritti li capitoli colla autoritate che lo puopolo de Roma concedeva a Vespasiano imperatore. - In prima, che Vespasiano potessi fare a sio beneplacito leje e confederazione con quale iente o puopolo volessi; — anche che potessi mancare e accrescere lo ogliardino de Roma, cioè Italia; - potessi dare contado più e meno, como volessi; — anche potessi promovere uomini a stato de duca e de regi e deponere e degradare; — anco potessi disfare citate e rarefare; — anco potessi guastare lietti de fiumi e trasmutarli airove; - anco potessi imponere gravezze e deponere allo beneplacito. Tutte queste cose consentio lo puopolo de Roma a Vespasiano imperatore in quella fermezza che avea consentuto a Tiberio Cesari. Lessa questa carta, questi capitoli, disse: 'Signori, tanta era la maiestate dello puopolo de Roma, che allo imperatore dava la autoritate. Ora l'avemo perduta'.²²

Las noticias que es posible rastrear en este discurso son diversas y significativas para el estudio que se quiere realizar del epígrafe. La primera de ellas es que Cola hizo colocar una grande tabla de metal con letras antiguas en la basílica de San Juan de Letrán y aunque no supiera leer e interpretar en su totalidad lo que estaba escrito —por lo menos éste es el comentario del Anónimo Romano— declaró que era el Senado quien otorgaba la autoridad a Vespasiano y con esta frase dio inicio a su arenga. La segunda información que proporciona el texto es que Cola decidió presentar, junto con la tabla, un fresco en el cual el pueblo y los senadores romanos otorga-

²² Anonimo Romano, *op. cit.*, nota 17, pp. 108-109.

ban el poder al primero de los Flavios. Este recurso iconográfico servía para explicar, de manera más incisiva, el significado del discurso que estaba en este momento presentando,²³ haciendo hincapié en quienes eran los protagonistas principales de este acto de investidura. En estos momentos sumamente delicados era imprescindible recordar y reafirmar el rol principal de la población, elemento clave para poder restablecer el antiguo esplendor que había caracterizado a Roma.

Luego de esta premisa enumera los poderes otorgados al emperador flavio: (i) Vespasiano podía aliarse con quien quisiera, a través de una ley o de una confederación; (ii) podía limitar o aumentar el jardín de Roma, es decir, de Italia;²⁴ (iii) tenía la facultad de asignar o despojar territorios según su criterio; (iv) podía nombrar duques o reyes a los hombres que quisiera o privar de este reconocimiento; (v) tenía la facultad de destruir o construir ciudades; (vi) podía eliminar los lechos de los ríos o moverlos a otro lugar; (vii) podía crear nuevos impuestos o eliminarlos; y, finalmente, (viii) se declara que todo esto le había sido asignado por el pueblo, así como se había hecho con Tiberio, y que esta entidad le había hecho entrega de la majestad.

La lista de concesiones se puede comparar con el contenido de la inscripción que, en el siglo XIV, Cola tuvo ocasión de leer e interpretar. Un ejercicio analítico de esta naturaleza permitirá comprender si las informaciones que Cola reporta como contenido de la *lex* son el fruto de su fantasía o el resultado de una mala o parcial interpretación, o comprensión, de un documento que él tuvo ocasión de leer, examinar y analizar en su totalidad y que se ha perdido con el paso del tiempo.

Una parte de la crítica, como los investigadores D. Theiseider,²⁵ G. Barbieri,²⁶ F. De Martino,²⁷ y P. A. Brunt,²⁸ apoya la tesis de que este elenco sea una 'invención' del tribuno romano, por la falta de correspondencia con el texto que tenemos ahora a disposición, mientras otros, como M. Sordi,²⁹ G.

²³ Cfr. Franceschini, Chiara, "Rerum gestarum significatio. L'uso di oggetti antichi nella comunicazione politica di Cola di Rienzo (1346-1347)", *Senso delle rovine e riuso dell'antico*, a cura di W. Cupperi, Pisa, 2004, p. 238.

²⁴ Véase nota 14 al respecto.

²⁵ Cfr. Duprè-Theiseider, Eugenio, *Roma dal comune del popolo alla signoria*, Bologna, CapPELLI, 1952, pp. 538 y ss.

²⁶ Cfr. Barbieri, Guido, "Lex de imperio Vespasiani", *Dizionario Epigrafico di antichità romane*, IV 2, Roma, Ed. Ruggiero, 1956, p. 758.

²⁷ Cfr. De Martino, Francesco, *Storia della costituzione romana*, Napoli, Jovene, 1974, vol. IV.2, p. 411.

²⁸ Cfr. Brunt, Peter A., "Lex de imperio Vespasiani", *Journal of Roman Studies*, vol. LXVII, 1977, p. 95.

²⁹ Cfr. Sordi, Marta, *op. cit.*, nota 14, p. 304.

Seibt,³⁰ M. Crawford,³¹ H. Galsterer,³² G. Purpura³³ y C. Bruun³⁴ están convencidos de que Cola no pudo comprender el alcance de todas las cláusulas o, tal vez, no quiso difundir algunos argumentos que eran, abiertamente, en favor del pueblo y en contra del papado, de quien era, en ese momento, el representante frente a la ciudadanía. Para ofrecer un panorama completo hay que recordar que, junto a estas corrientes, existe un pequeño grupo de investigadores que no ha tomado una postura respecto de este tema. Es el caso, por ejemplo, de F. Lucrezi,³⁵ D. Mantovani³⁶ y B. Levick,³⁷ quienes no ahondan en este argumento al tratar el tema, más general, de la *lex*.

¿Se trata entonces de invención o de mala interpretación? ¿Cuáles son los puntos de contacto y de distancia entre la narración de Cola y el contenido de la *lex* así como se puede leer hoy en día?

La comparación entre los dos textos permitirá entender la existencia de estas dos vertientes interpretativas y, al mismo tiempo, ofrecerá un panorama completo de una problemática importantísima en la valoración del epígrafe en su conjunto.

La primera cuestión a analizar es el otorgamiento de la *auctoritas* a Vespasiano. Al inicio de su discurso, Cola recuerda que fue el Senado la entidad encargada de este aspecto, mientras en la parte conclusiva afirma que ésta fue una tarea realizada por el pueblo. En la l.d.i.V. no hay mención alguna ni de la *auctoritas* ni de las entidades que otorgaron el poder al *princeps*. Se trata de una omisión tan importante en un documento de esta naturaleza que diversos investigadores han conjeturado que debía de existir otra tabla que se perdió con el paso del tiempo, pero que Cola pudo leer, cuando tuvo el documento a su disposición. El segundo aspecto relacionado con este primer punto, es que los dos textos empiezan con la cuestión relativa al derecho, concedido al emperador flavio, a aliarse con otros pueblos. El texto moderno inicia con el

³⁰ Cfr. Seibt, Gustav, *Anonimo Romano. Scrivere la storia alle soglie del Rinascimento*, Roma, Viella, 2000, p. 124 y ss.

³¹ Cfr. Crawford, Michael *et al.*, *Roman Statutes*, London, Institute of Classical Studies, 1966, vol. I, p. 551.

³² Cfr. Galsterer, Helmut “Lex de imperio Vespasiani”, *DNP*, núm. 7, 1999, p. 119.

³³ Cfr. Purpura, Gianfranco, *op. cit.*, nota 4, pp. 267 y ss.

³⁴ Cfr. Bruun, Christer “Riflessioni sulla parte perduta della cd. Lex de imperio Vespasiani”, *La lex de imperio Vespasiani e l'impero dei Flavi*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2009, pp. 23 y ss.

³⁵ Cfr. Lucrezi, Francesco, *op. cit.*, nota 2, p. 107.

³⁶ Hacemos aquí referencia al artículo de Mantovani, Dario, “Lex regia de imperio Vespasiani. Il vaguum imperium e la legge costante”, *La lex de imperio Vespasiani e l'impero dei Flavi*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2009, pp. 125-156.

³⁷ Levick, Barbara en su monografía *Vespasian*, London, Routledge Press, 1999.

término *foedusve* y, como señala la estudiosa Sordi,³⁸ Cola fue capaz de resolver la hendíadis³⁹ y de pensar que debía haber otro término unido a *foedus*, en este caso el de *societatem*.⁴⁰ Es factible suponer que pudo llegar a esta conclusión o porque conocía la terminología jurídica aquí empleada o bien porque pudo leerla en la otra tabla que componía el documento.

En la segunda cláusula mencionada por el tribuno romano se recuerda el derecho a ampliar o restringir el *pomerium*, presente en la l.d.i.V. en la cláusula quinta, aunque Cola, o el Anónimo Romano al reportarlo, lo entendieron como jardín y no como pomerio. El tercer punto del discurso de Cola respecto a la *designatio agrorum* no está presente en el documento moderno, aunque es sabido que ya Augusto lo había ejercido⁴¹ y que el mismo Vespasiano fue muy activo desde este punto de vista. El cuarto aspecto corresponde a la cuarta cláusula de la *lex*, en la que se otorga a Vespasiano el derecho a elegir a los magistrados, mientras el quinto punto, acerca del poder fundar o destruir ciudades, no está presente en el epígrafe así como el contenido del sexto, acerca del derecho a 'guastare li lietti dei fiumi'. En este último caso parece evidente que Cola interpreta algo que debió observar en el documento, porque la metáfora del lecho del río no entrará en el latín hasta la edad medieval, así que es imposible que pueda haberlo leído en el epígrafe. Según la estudiosa Sordi se trata de la cura del flujo del Tíber, es decir, de la *terminatio riparum et alvei Tiberis*,⁴² y Purpura agrega a esta conjetura que la *lex* debía incluir también el *ius terminandi aquaeducti* que, según la narración de las fuentes epigráficas, fue reconocido como uno de los derechos del emperador, a partir de la época de Augusto.⁴³ Gracias al relato de Aulo Gelio,⁴⁴ sabemos que el cuidado de los ríos y, en específico, del Tíber fue confiado en un principio a los *redemptores* que tenían que '*retare flumina ex lege locationis*'. A finales del siglo I a.C. se encomienda esta tarea de gestión a particulares y, según las fuentes, en el año 54 a.C.⁴⁵ se da la primera intervención por parte de los censores. Siempre gracias a los epígrafes se tiene noticia que los

³⁸ Cfr. Sordi, Marta, *op. cit.*, nota 14, p. 308.

³⁹ Según la definición de la R.A.E. se trata de una figura retórica por la cual se expresa un solo concepto con dos nombres coordinados.

⁴⁰ Cfr. Suet., *Vesp.*, 8,5.

⁴¹ Cfr. *Res Gestae* 16: *Pecuniam pro agris, quos in consulatu meo quarto et postea consulibus M. Crasso et Cn. Lentulo Augure assignavi militibus, solvi municipis. ea summa sestertium circiter sexsies milliens fuit, quam pro Italicis praedis numeravi, et circiter bis milliens et sescentiens, quod pro agris provincialibus solvi. id primus et solus omnium, qui deduxerunt colonias militum in Italia aut in provinciis, ad memoriam aetatis meae feci.*

⁴² Cfr. Sordi, Marta, *op. cit.*, nota 14, p. 308.

⁴³ Cfr. Purpura, Gianfranco, *op. cit.*, nota 4, pp. 284 y 285.

⁴⁴ Cfr. Gel., *Noctes Atticae*, XI,17.

⁴⁵ Cfr. CIL VI, 31540.

primeros cinco trabajos se dieron a través de un senadoconsulto, mientras a partir del sexto, realizado en época de Claudio,⁴⁶ entra en juego la *auctoritas* del príncipe, que se involucra en la gestión del problema a través de sus funcionarios, es decir, los *curatores riparum et alveos Tiberis*. Según el autor C. Bruun, quien profundiza en el contenido de esta cláusula mencionada por Cola,⁴⁷ si un derecho como éste hubiese estado presente en la *lex* se hubiera utilizado el término *terminatio* o el verbo *terminare*, así como la expresión *flumen Tiberis*. Al mismo tiempo, si esto fuera verdad no se entendería el motivo por el cual el autor medieval decidiera omitir un detalle tan importante para la ciudad de Roma, argumento principal de su obra, ocultando la presencia de estos términos en el epígrafe en examen. Por último, se trataría de una cláusula demasiado específica para ser insertada entre las demás que están presentes en la inscripción, cuyo denominador común es, justamente, la generalización de los derechos reconocidos a la persona del emperador.

Una interrogante que se hace evidente al profundizar en este tema es si una cláusula de la *lex* podía otorgar al emperador la facultad de cambiar el curso de los ríos desde el punto de vista jurídico, puesto que se trataba de una cosa pública. La lectura de algunas fuentes antiguas acerca de este argumento⁴⁸ demuestra que era necesario un poder excepcional para realizar modificaciones y que no se hubiera otorgado concesión alguna al emperador, a menos que éste no hiciera una petición concreta.

Regresando al relato de Cola, el séptimo punto, acerca de los impuestos, no está mencionado en la l.d.i.V, aunque se trataba de un derecho del emperador, mientras respecto al octavo punto, es decir, la alusión al hecho de que se concedió a Vespasiano lo que anteriormente se había asignado a Tiberio, la pregunta que surge espontánea es por qué Cola se refiere únicamente a este emperador, si en la *lex* se mencionan también a Augusto y Claudio.

V. CONCLUSIÓN

Las cuestiones planteadas al iniciar este escrito, es decir, si existía otra tabla y si la narración de Cola puede considerarse fiel o representa el fruto de su fantasía, como se ha evidenciado en estas líneas, siguen abiertas, sin embargo no se pueden dejar a un lado, restándoles importancia. Desde mi punto de vista, no es posible considerar el relato de Cola como una invención, puesto que es patente que refleja diversos detalles verídicos del epígrafe y demuestra,

⁴⁶ Cfr. CIL VI, 31545.

⁴⁷ Cfr. Bruun, Christer, *op. cit.*, nota 33, pp. 35 y ss.

⁴⁸ Cfr. D.43,12,1,3; Paul. 16 *ad Sab* D.43,12,3; Ulp. 68 *ad ed.* D.43,12,1,7.

en algunos pasajes, la buena interpretación del tribuno; además el estado actual del epígrafe nos 'habla' de una o varias ausencias, que encuentran en esta lectura del tribuno una posible explicación.

Si bien no es posible agregar o sustraer elementos a la narración de Cola como instrumento para apoyar una hipótesis o para desmontarla, es indiscutible el hecho de que la recuperación del documento así como su uso representan una pieza fundamental en la lucha tanto política como ideológica, propia del Medioevo, entre dos grandes poderes, el papado por un lado y el imperio por el otro. Su lectura por parte de un personaje como Cola se convirtió entonces en un potente elemento de justificación de la supremacía terrenal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANONIMO ROMANO, *Cronica*, a cura di Porta, Giuseppe, Milano, Adelphi, 1981.
- BARBIERI, Guido, "Lex de imperio Vespasiani", *Dizionario Epigrafico di antichità romane*, IV 2, Roma, Ed. Ruggiero, 1956, p. 758.
- Briefwechsel des Cola de Rienzo*, ed. Konrad Burdach- Paul Piur, Berlin, Weidmann, 1912.
- BRUNT, Peter A., "Lex de imperio Vespasiani", en *Journal of Roman Studies*, vol. LXVII, 1977, pp. 95-116.
- BRUUN, Christer, "Riflessioni sulla parte perduta della cd. Lex de imperio Vespasiani", *La lex de imperio Vespasiani e l'impero dei Flavi*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2009, pp. 23-45.
- BUONOCORE, Marco, "La fortuna della lex de imperio Vespasiani in età umanistica: primi sondaggi", *Lex de imperio Vespasiani e l'impero dei Flavi*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2009, pp. 46-74.
- CALABI LIMENTANI, Ida, *Epigrafia latina*, Milano, Cisalpino, 1991.
- CALVELLI, Lorenzo, "Un testimone della lex de imperio Vespasiani del tardo Trecento: Francesco Zabarella", *Athenaeum*, Pavia, Università degli Studi di Pavia, núm. 2, 2011, pp. 515-524.
- CANTARELLI, Luigi, *Studi romani e bizantini*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1970.
- CRAWFORD, Michael *et al.*, *Roman Statutes*, London, Institute of Classical Studies, 1966, vol. I.
- DE MARTINO, Francesco, *Storia della costituzione romana*, Napoli, Jovene, 1974.
- DUPRÈ-THESEIDER, Eugenio, *Roma dal comune del popolo alla signoria*, Bologna, Cappelli, 1952.

- FORCELLA, Vincenzo, *Iscrizioni delle chiese e d'altri edifici di Roma dal secolo XI fino ai giorni nostri*, Roma, Tipografie delle scienze matematiche e fisiche, 1869.
- FRANCESCHINI, Chiara “Rerum gestarum significatio. L'uso di oggetti antichi nella comunicazione política di Cola di Rienzo (1346-1347)”, *Senso delle rovine e riuso dell'antico*, a cura di W. Cupperi, Pisa, 2004, pp. 233-254.
- GABRIELLI, Andrea (a cura di), *Epistolario di Cola di Rienzo*, Torino, Bottega d'Erasmus, 1966.
- LEVICK, Barbara, *Vespasian*, London, Routledge Press, 1999.
- LUCREZI, Francesco, *Aspetti giuridici del principato*, Napoli, Jovene, 1995.
- MANTOVANI, Dario, “Lex regia de imperio Vespasiani. Il vaguum imperium e la legge costante”, *La lex de imperio Vespasiani e l'impero dei Flavi*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2009, pp. 125-156.
- OTTAVIANO, Augusto, *Res Gestae divi Augusti*, traduzione a cura di Luca Canali, Milano, Mondadori, 2002.
- PURPURA, Gianfranco, “Sulla tavola perduta della Lex de auctoritate Vespasiani”, *MEP*, núm. 2, 1998, pp. 261-296.
- RUSHFORTH, Gordon, “Magister Gregorius de Mirabilibus urbis Romae. A new description of Rome in the thelfth century”, *Journal of Roman Studies*, vol. IX, 1919, pp. 14-58.
- SEIBT, Gustav, *Anonimo Romano. Scrivere la storia alle soglie del Rinascimento*, Roma, Viella, 2000.
- SORDI, Marta, “Cola di Rienzo e le clausole mancanti della lex de imperio Vespasiani”, *Studi Volterra 2*, Milano, Giuffré, 1971, pp. 303-311.
- SUETONIO, *Vida de los Césares*, traducción de Gonzalo García y Cecilia Belza, Barcelona, Crítica, 2009.
- VON SAVIGNY, Friedrich Carl, *Storia del diritto romano nel medioevo*, Roma, Muligrafica, 1972.

1975-2015. CUARENTA AÑOS DE DERECHO ROMANO EN CUBA

Julio Antonio FERNÁNDEZ ESTRADA

Dedicado a la memoria de la Maestra Mercedes Gayosso y Navarrete y de los profesores de derecho romano cubanos que ya no están.

SUMARIO: I. *Introducción. Objetivos del artículo.* II. *Las décadas de los 70 y 80 del siglo XX. Derecho romano frente a dogmatismo y nihilismo jurídicos.* III. *Los 90 en Cuba. El derecho romano frente a los ajustes del mundo unipolar.* IV. *Los 2000. El auge de las nuevas generaciones de romanistas cubanos.* V. *A manera de conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS DEL ARTÍCULO

La enseñanza y la investigación del derecho romano ha transitado en Cuba, en los últimos cuarenta años por los mismos cauces y dilemas que otras disciplinas o áreas del conocimiento del derecho y de las ciencias sociales en general.

La idea anterior podría explicarse de la siguiente manera: la década corta que cubre de los años 1968 a 1975 se caracterizó por un retroceso de la consideración de los estudios heterodoxos de filosofía, historia o en el ámbito de la creación artística en general, que habían caracterizado los primeros años de la Revolución. Esto se pone de manifiesto sobre todo con el cierre de la revista *Pensamiento Crítico* —que había liderado los estudios socio políticos críticos desde una visión marxista no dogmática—, y la censura parcial de obras literarias que abordaban directa o indirectamente la historia de la Revolución desde presupuestos estéticos y filosóficos no maniqueís-

tas y que narraban el proceso revolucionario con posturas no repetitivas de la épica del realismo socialista.

En el mundo del derecho se difuminó lo que el profesor Julio Fernández Bulté llamaba la época del nihilismo jurídico, sostenido sobre necesidades prácticas del sistema socialista en su etapa de institucionalización y sobre todo de acomodo a las condiciones de una economía subdesarrollada y dependiente de la URSS.¹

El derecho como ciencia o como sistema no fue en estos años una prioridad para la dirección política de la Revolución cubana, pero sí su multiplicación normativa en disposiciones jurídicas de diversa índole, que complicaron el nuevo ordenamiento jurídico cubano.²

La comisión que dirigió el proceso de confección del proyecto constitucional que se aprobaría en 1976, estaba dirigida por Blas Roca Calderío, antiguo líder comunista cubano, de origen campesino, figura llamativa en la Constituyente de 1940 como representante del Partido Socialista Popular, y sin formación como jurista, lo que propició debates, todavía no desclasificados, entre miembros de la mencionada comisión redactora.

Antes de la aprobación del texto constitucional socialista se habían producido actos normativos tan interesantes como el Código de Familia de 1975 que en gran medida hacía justicia al olvidado derecho romano, al

¹ En estos años se llegó a concebir la idea de que era imperioso graduar ingenieros y no tanto científicos sociales, o que el derecho penal dejaría de existir porque en la sociedad socialista dejarían de producirse delitos, y se eliminaron de los planes de estudio universitarios disciplinas como el derecho financiero o la filosofía del derecho. Algunos llegaron a promover la tesis de la inutilidad general del derecho como ciencia.

² De 1959 a 1976 se mantuvo la provisionalidad constitucional en Cuba, pues en el propio año del triunfo de la Revolución se pone en vigor la llamada Ley Fundamental de 1959, que era en gran medida la derrocada constitución de 1940, paradigma cubano de la concertación de fuerzas políticas y morales vencedoras tras la caída de la tiranía de Gerardo Machado, en 1933. La Constitución del 40, fue una referencia jurídica para el constitucionalismo europeo y hacia dentro de Cuba significó el intento de entrada en el Estado capitalista interventor y garantista de derechos sociales, ambos extremos logrados parcialmente. Este texto es sustituido por Estatutos Constitucionales en 1952, después del golpe de Estado de Fulgencio Batista, figura política-militar de rápido ascenso tras su papel en la caída de Machado y su presidencia, electoralmente legítima de 1940 a 1944. En el conocido como Programa del Moncada, aparecido en el alegato de autodefensa de Fidel Castro, tras su detención después del asalto al cuartel Moncada, de Santiago de Cuba, en 1953, se planteaba como una de las tareas iniciales de un Estado proveniente de un proceso de cambio en Cuba, el restablecimiento de la Constitución de 1940. La mencionada Ley Fundamental de 1959 da cumplimiento a esta propuesta pero modifica sustancialmente el procedimiento de creación de la Ley al dejarlo en manos de un Consejo de Ministros —encabezado por Fidel hasta 1976—, que sustituyó al antiguo Congreso bicameral. Después de 17 años de provisionalidad se aprueba por referendo popular la Constitución de la República, todavía vigente y que organiza un Estado socialista en Cuba.

incluir el reconocimiento de la unión matrimonial basada en la convivencia conyugal, junto a la formalización de matrimonio.

Por otra parte había que esperar hasta 1988 para la entrada en vigor de un nuevo Código Civil, que sustituyó al español de finales del siglo XIX y hecho extensivo a Cuba desde tiempos de la colonia.

La Constitución de 1976, de fuerte influencia teórica y política soviética, puso en práctica el Poder Popular, experimentado desde 1973 en la provincia de Matanzas, y principios democráticos incomprendidos por los mitos políticos modernos, como la unidad de poder, el centralismo democrático, la legalidad socialista, la democracia socialista —que tiene en su centro la rendición de cuenta de los electos y el derecho popular de revocación de los mandatarios—, el predominio de la propiedad estatal sobre los medios fundamentales de producción, la ausencia de propiedad privada y la prohibición de la explotación del hombre por el hombre.

Por otro lado la constitución no se sostiene sobre una base sólida de garantías de derechos, de tipo institucional, o jurídica procesal, sobre todo por el diferendo científico y político entre las concepciones extremistas del socialismo real y del capitalismo occidental, que se trababan sin matices, en la polémica sobre el grupo de derechos más importantes dentro una sociedad. La concepción socialista, de la que Cuba ha sido representante destacado durante décadas, ha sido, la de defender la prevalencia de los derechos económicos, sociales y culturales, claramente garantizados de forma material dentro de la Revolución cubana.

Lo anterior no significa que hemos defendido la jerarquización de los derechos humanos, sino que en el combate diplomático, sobre todo en la anterior Comisión de Derechos Humanos y en el Consejo actual, se ha levantado la bandera de la imposibilidad de la realización de derechos políticos y civiles, sin la garantía del derecho a la existencia digna.

En la otra orilla de la discusión nos encontramos con el argumento contrario, pero es necesario, en todo caso, entender, que la constitución cubana de 1976 es hija de una idea sobre los derechos que los consideraba producidos por el pensamiento burgués y útiles en sociedades competitivas y violatorias de derechos humanos, distintas en su hechura a la sociedad socialista, que se construía en Cuba.

Por la razón anterior no nos encontramos en la Constitución cubana al *habeas corpus* —sí incluido como procedimiento especial en la Ley de Procedimiento Penal— ni al Amparo, de prosapia mexicana, ni a acciones colectivas de defensa de derechos, ni un tribunal constitucional con facultades de control constitucional, ni a una institución igual o semejante a las defensorías del pueblo o al ombudsman.

El objetivo de este trabajo es recorrer a vuelo de pájaro los momentos fundamentales de la historia de la enseñanza y la investigación de derecho romano, en los últimos cuarenta años en Cuba.

II. LAS DÉCADAS DE LOS 70 Y 80 DEL SIGLO XX. DERECHO ROMANO FRENTE A DOGMATISMO Y NIHILISMO JURÍDICOS

La enseñanza del derecho desde los años 80 hasta la actualidad ha sido llevada adelante en Cuba a través de los planes de estudio A, B, C, C perfeccionado y el actual plan D. En todos ellos el derecho romano ha estado presente,³ no más de un semestre, en el primer año de la carrera y como parte de la disciplina histórica, dirigida por los departamentos de estudios jurídicos básicos, en las diferentes facultades de derecho del país.

En los momentos de más ajustes a los planes de estudio nacionales, como los comenzados en la primera década del siglo XXI, para modernizar la enseñanza del derecho en Cuba, con su correspondiente dosis de recortes de horas a asignaturas menos útiles y prácticas, se sufrió el detrimento de tiempo presencial de asignaturas como la historia general del Estado y el derecho, que fue llevada hasta un semestre, de dos que usaba en el plan C perfeccionado.

El fondo horario de derecho romano, sin embargo, no fue tocado —no sin lucha y debates—, y conserva poco más de 70 horas en el actual plan de estudios D, cantidad de horas insuficientes, pero hasta ahora indiscutidas a todos los niveles de la educación superior cubana.

Antes del triunfo de la Revolución las dos personalidades más destacadas en la enseñanza e investigación del derecho romano en Cuba desarro-

³ La carrera de derecho vuelve a abrir sus puertas después del cierre de la Universidad de la Habana en 1956, en el curso 1962-1963 y la enseñanza del derecho romano recae en el profesor Tirso Clemente Díaz, quien fungía como docente de historia del derecho y derecho civil. El derecho romano se mantiene de esta forma hasta el curso 1965-1966, momento en que pierde su autonomía como disciplina y entra a formar parte de la enseñanza de la historia del derecho. A partir del plan de estudios que comenzó su vigencia en el curso académico 1981-1982, el derecho romano se convierte en una disciplina independiente. De 1966 a 1981 la vida del derecho romano en la enseñanza universitaria cubana estuvo relacionada con la historia del Estado y el derecho en general. De 1981 a 1987 se desarrolla la vigencia del plan de estudios A, donde el derecho romano contaba con 80 horas de clases. El plan de estudios B, vigente de 1987 a 1994, regulaba la enseñanza del derecho romano en el segundo semestre de primer año, mediante conferencias, clases mixtas y clases prácticas. El plan de estudios C, perfeccionado en los años 1995 y 2000, está vigente hasta el año 2008, cuando se aprueba, el vigente hasta la actualidad, plan D. Como se verá, dentro del plan C perfeccionado es que se introduce la enseñanza del derecho público romano.

llaron su labor profesional en la Universidad de la Habana. Hablamos de Emilio Fernández Camus y Ernesto Dihigo López Trigo —de este último se utilizaron hasta la instauración del plan D sus *Apuntes de Derecho Romano* en tres tomos como bibliografía complementaria— con una destacada labor como diplomático a los servicios del gobierno revolucionario después de 1959 y donde es apreciable su formación humanista y romanista, sobre todo en sus discursos y argumentos en la ONU y mientras se desempeñaba como embajador cubano en los EEUU.

Habría que esperar a la publicación del primer tomo de la *Historia del Estado y el Derecho en la Antigüedad*, en 1971, de Julio Fernández Bulté, para que dentro de la obra apareciera una historia externa del derecho romano y como quien no quiere las cosas una breve historia interna del propio derecho, primera vez después de 1959, que se publicaba para la enseñanza del derecho algún contenido de derecho romano.

La mencionada historia del derecho romano fue el punto de partida para la confección del *Manual de Derecho Romano*, publicado al inicio de la década de los 80, por un colectivo de autores dirigido por el propio profesor Fernández Bulté y en el que participaron los docentes Delio Carreras Cuevas y Rosa María Yáñez García.

De manera especial se destaca la participación en esta obra, sobre todo en los capítulos concernientes al derecho procesal y la propiedad, de las estudiantes María del Carmen Alfonso, Milagros Gómez y Cinthia Ayala.

En este libro, que sigue siendo la literatura básica del estudio del derecho romano en Cuba, en todas las universidades y filiales universitarias del país y reimpresso en varias ocasiones en todos estos años, aparece una nota de los autores que hace justicia a un destacado jurista cubano, fundamental por su revisión de los originales, por su perfeccionamiento del uso de las alocuciones latinas —el latín no se ha enseñado más en las carreras de derecho en Cuba desde hace más de cuarenta años— y por su revisión de las citas de los clásicos romanos. Se trata del doctor Tirso Clemente Díaz.

En el prólogo de la referida obra se puede leer:

...el Manual pretende recoger opiniones, criterios, análisis y visión de los más significativos romanistas, que pudiéramos con justicia llamar clásicos. De otro lado, hemos tenido muy en cuenta la información y la rica interpretación que de este Derecho se hace y se tiene en el campo socialista, especialmente en la URSS.⁴

⁴ J. Fernández Bulté, D. Carreras Cuevas, R. M. Yáñez García, *Manual de Derecho Romano*, La Habana, 1998, p. 3.

Es esta una de las características fundamentales del texto junto a su manifiesta apuesta por el materialismo histórico como método de interpretación de los procesos sociales, en clara alusión a las obras del marxismo leninismo.⁵

También es significativa en el libro la inclusión de un capítulo de derecho penal romano, y la intercalación de problemas relacionados con las obligaciones y los contratos en la parte del manual comprensiva de estos contenidos, una cronología de hechos y documentos del derecho romano, y la reproducción de la Ley de las XII Tablas y de fragmentos de las Novelas 118 y 127 de Justiniano.

En 1980 se publicó una traducción al español de una obra soviética, realizada por el profesor de la Universidad de la Habana Delio Carreras Cuevas, llamada *Fundamentos de Derecho Civil Romano*, de I.B Novistsky, que mantenía la tónica de la atención a los textos romanistas de Europa del Este.

Un momento importante de la historia de la enseñanza del derecho romano en los últimos cuarenta años es la publicación, única hasta el día de hoy, de la obra *Historia de las Ideas Políticas y Jurídicas (Roma)*, por el profesor Julio Fernández Bulté, en el año 1984.

Este texto, sin embargo, se utilizó de forma superficial para la explicación de la asignatura historia general del Estado y el derecho, y casi nunca para la enseñanza del derecho romano, aunque hoy sea una rareza bibliográfica entre la literatura romanista que utiliza sin rodeos la interpretación de la historia conocida como materialismo histórico.

En gran parte de las décadas de los 80 y de los 90 del siglo XX nos encontramos, a la misma vez, la consolidación y proliferación de una concepción sobre la investigación jurídica que propicia la pesquisa sobre la parte del derecho práctica y en muy poco medida la investigación histórica, teórica, filosófica y sobre el derecho romano, bajo el argumento de la no juridicidad de estas miradas.

Como se hace evidente de esta síntesis del contexto investigativo, sobre todo de los años 80, del siglo XX, y los primeros cinco años de los 90, el caso de Cuba no es diferente al del resto de América Latina y Europa, en cuanto a la batalla por la conservación del conocimiento del derecho romano como sistema vivo y en desarrollo.

⁵ Entre los autores exponentes del marxismo leninismo que se utilizan en la obra como base bibliográfica se encuentran, clásicos como Federico Engels y su *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, o autores posteriores como Kovaliov, S.I, o Galanza, P. N y Chernilovsky, Z. M.

En estos años la teoría del Estado, la historia del derecho o el derecho romano no pasaban de ser la fuente de antecedentes históricos de cualquier análisis normativo o de dogmática jurídica en general, aun cuando el Plan C Perfeccionado usara como lema una idea obsesiva del profesor Bulté: enseñar derecho y no solo legislación.

III. LOS 90 EN CUBA. EL DERECHO ROMANO FRENTE A LOS AJUSTES DEL MUNDO UNIPOLAR

Es en la propia década de los 80 del siglo XX y principios de los años 90⁶ que, durante el decanato del profesor Julio Fernández Bulté, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, se establecen vínculos académicos con Universidades italianas, como las romanas Tor Vergata y Sapienza, y la sarda Universidad de Sassari.⁷

De inmediato las relaciones de trabajo se enriquecieron por el interés de personalidades italianas del derecho romano, como Sandro Schipani,

⁶ Como nos recuerdan los licenciados V. Hernández Morejón, - E. Ramos Montañes, en la tesis *El Derecho Civil Romano como sistema único de Derecho. Su difusión académica en la Universidad de la Habana*, 2013:

“En 1991 tuvo lugar en nuestra capital el «Primer Encuentro Cubano-italiano de Romanistas, Civilistas y Publicistas», en el cual el recientemente fallecido, Prof. Delio Carreras Cuevas impartió el discurso inaugural, tomando como tema: *La Recepción y Enseñanza del Derecho Romano en Cuba*; lamentablemente del mismo no obra copia alguna, privándonos de una fuente importante de información, que sin ninguna duda hubiera aportado mucho a nuestra investigación. Igualmente se hicieron presente en este encuentro las figuras de Tirso Clemente Díaz y Olga Mesa Castillo, con la ponencia: *El concepto de matrimonio en el Código de Familia de Cuba: breve análisis desde el Derecho Romano*. No pudo faltar a un evento de esta magnitud una ponencia del titular de la asignatura de derecho romano, nos referimos claro está al profesor Fernández Bulté: *Algunas reflexiones sobre la naturaleza del matrimonio en Roma y las soluciones del Código de Familia cubano*.

Dos años después en 1993, del 18 al 21 de enero se celebró en esta misma ciudad, el «Coloquio Latinoamericano y Caribeño de Derecho Romano», algunos de los participantes y ponencias fueron: *La unidad fundamental del concepto jurídico de “homo-persona” en Derecho Romano*, del profesor Tirso Clemente; *La patria potestad, desde el Derecho Romano hasta nuestros días*, profesor Delio Carreras; *Influencia del Derecho Romano en el Derecho Agrario*, por Maritza. Mc Cormack Bequer; *De la obligatio in solidum romana a la obligación solidaria en el derecho positivo cubano. Consideraciones doctrinales al respecto*, por Nancy Ojeda Rodríguez y Leonardo Pérez Gallardo”.

⁷ En 1990, nos recuerda Pietro Paolo Onida, los cubanos Julio Fernández Bulté, Omar Fernández Jiménez y Vicente Rapa Álvarez, participaron en un Encuentro de Estudio sobre la Enseñanza del Derecho Romano y la Formación del Jurista en las universidades cubanas, en la Universidad de Sassari, y organizado con la colaboración del romanista Sandro Schipani, responsable de la Sección de América Latina, del Grupo de Investigación sobre la Difusión del Derecho Romano.

Pierangelo Catalano y Giovanni Lobrano, que han influido de forma notable en los estudios, comprensión e investigaciones posteriores sobre el derecho romano en Cuba.⁸

De los años 90 proviene uno de los vínculos más productivos e impactantes en el panorama del derecho romano en Cuba, con romanistas italianos. El profesor pinareño Eurípides Valdés Lobán, docente en la Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saíz Montes de Oca” y graduado de la Universidad de la Habana comenzó una denodada tarea de coordinación y organización de puentes que propiciaran la investigación romanística en Cuba y su difusión en eventos nacionales.⁹

Desde inicios de esta década comienza la participación activa del profesor Bulté, al que después se suman Valdés Lobán y Carreras Cuevas, en los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano que se organizan desde 1976, en Universidades Latinoamericanas, con el auspicio e impulso académico del Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano, la Secretaría General para la Coordinación de los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano y el Gruppo di Ricerca sulla Difusione del Diritto Romano.¹⁰

La participación cubana en los Congresos Latinoamericanos hace despegar de inmediato el interés en el derecho romano en discípulos de los profesores que antes mencionamos y se comienza a promover la investigación sobre y desde el derecho romano, con una visión no histórica sino de resolución de problemas del derecho actual.

⁸ En el paso de la década de los 80 a la de los 90 del siglo XX, viajaron a Italia, a partir de las mencionadas relaciones académicas profesores de la Universidad de la Habana como Vicente Rapa, Julio Fernández Bulté, Lissette Pérez Hernández, Omar Fernández Jiménez, José Luis Lisón y Gisselle Sarracino.

⁹ Según el artículo del profesor Pietro Paolo Onida, publicado en la *Revista Derecho e Historia*, número 6 de 2007, llamado “Recuerdo de Eurípides Valdés Lobán. Derecho Romano en el Caribe”, el jurista cubano visitó Sassari por primera vez en el año 1996, y regresó a aquella ciudad y universidad en los años, 2003 y 2005, invitado indistintamente por los romanistas Giovanni Lobrano o el propio profesor Onida. El tema principal de trabajo del profesor Valdés Lobán en aquellos años era la influencia romanística en el constitucionalismo de José Martí.

¹⁰ Este hecho trae como consecuencia positiva la relación de trabajo viva hasta el día de hoy, de las Universidades de la Habana y Pinar del Río con romanistas de América Latina, de los que se ha hecho una profusa divulgación de sus respectivas obras en Cuba, entre los que se destaca la maestra Mercedes Gayosso y Navarrete, a quien va dirigido este modesto trabajo, y los profesores Norberto Rinaldi, Augusto Jordán Quiroga, Aloisio Surgik, Gelasio Cermeño, Alejandro Guzmán Brito, Marcial Rubio Correa, José Luis Cuevas Gayosso, Ricardo David Rabinovich, Juan José Alba Crespo, Emilssen González de Cancino, Jorge Adame Goddard, Mirta Álvarez y Militza Montes, entre muchos otros.

El efecto más claro, duradero e importante, no sólo para el derecho romano en Cuba sino también para el derecho constitucional y para el derecho público en general, de la conexión científica entre Cuba, Italia y América Latina, desde los años 90 del siglo XX hacia el presente, ha sido la expansión de las ideas, valores, tesis, y conclusiones de romanistas tan importantes como Pierangelo Catalano y Giovanni Lobrano, en el ámbito del derecho público romano, no estudiado en Cuba, hasta finales de los años 90, sino como historia política e institucional de Roma.¹¹

En el año 1999 se publica por la Editorial Félix Varela, en la Habana, la *Separata de Derecho Público Romano*, de Julio Fernández Bulté, que tenía como objetivo saltar por encima de una laguna histórica de los estudios e investigaciones de derecho romano en Cuba: la incompreensión o desconocimiento del derecho público romano, que no era, por cierto, propia ni original de nuestra Isla, sino problema común de América Latina y gran parte del mundo heredero de Roma sin contar los países donde el modelo constitucional romano es completamente ajeno.¹²

Esta publicación realizada por el, en aquel momento presidente de la Comisión Nacional de Carrera de Derecho en Cuba, responsabilidad que desempeñó por años el profesor Bulté, tuvo un rápido efecto en la enseñanza del derecho romano en Cuba, que desde principios de los años 2000 tiene la nueva característica de ser una enseñanza multiplicada en cada municipio de la Isla.¹³

¹¹ Como profunda fue la influencia inicial de la obra del profesor Sandro Schipani.

¹² En 1998, el autor de este artículo se licenciaba en derecho por la Universidad de la Habana con una tesis llamada *Modelo Constitucional Latino y Democracia*, donde se daba promoción, explosiva y chispeante en aquellos años, a las ideas de Pierangelo Catalano y Giovanni Lobrano, principalmente.

¹³ La Municipalización de la Enseñanza Universitaria en Cuba es una idea del presidente Fidel Castro para enfrentar un hecho terrible del que se tuvo evidencias en aquellos años: el ingreso y graduación universitaria en Cuba de personas mayormente hijos de intelectuales, acomodados y blancos. Ante esta situación, se insertó dentro de la oficialmente llamada “Batalla de Ideas”, un proyecto de nivelación universitaria de jóvenes desplazados de los estudios por razones diversas, que se formaban como emergentes Trabajadores Sociales y que ganaban el derecho inmediato de estudiar alguna carrera de ciencias sociales, entre ellas derecho. Más tarde estas carreras universitarias quedaron al alcance de jóvenes que no habían vencido las pruebas de ingreso en modelos pedagógicos semipresenciales, en cada municipio del país, lo que trajo como consecuencia que la enseñanza del derecho y del derecho romano en particular se masificara, pero a la vez sufrió la calidad de esta enseñanza, que recaía en muchos casos en personas adultas, con alguna vocación histórica y que en muchos casos no habían recibido ellos mismos una adecuada formación básica en derecho romano. En la actualidad estos cursos han sido reabsorbidos por las carreras de derecho de las universidades del país que antes controlaban el proceso científica y metodológicamente pero fuera de sus muros, y ahora tiene la llamada “Universalización” como cursos para tra-

Con el ardor y liderazgo ejecutivo del profesor Valdés Lobán y la custodia de la idea por parte del profesor Fernández Bulté, se lanza la propuesta de realizar un Seminario de Derecho Romano en el Caribe, en el año 1997, momento propicio por ser año intercalado entre Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano.

El primer Seminario fue un éxito y quedó establecido hasta la fecha como un momento intermedio de encuentro entre romanistas de Cuba, el resto de América Latina e Italia, y hasta el momento hemos coordinado, entre las Universidades de Pinar del Río y la Habana siete seminarios,¹⁴ el último de ellos en diciembre de 2014, con la presencia de importantes romanistas de universidades cubanas, de México e italianas de Roma, Sassari, Padua, Boloña, y Brescia.

La participación cubana en los seminarios, y congresos latinoamericanos se ha caracterizado en todos estos años por la conservación de una línea de trabajo definida dentro del derecho público romano y la atención a temas relacionados con la enseñanza del derecho romano y el análisis de instituciones del derecho romano con afán de resolver problemas del derecho nacional.¹⁵

IV. LOS 2000. EL AUGE DE LAS NUEVAS GENERACIONES DE ROMANISTAS CUBANOS

Un momento crucial de los últimos cuarenta años de vida de la enseñanza e investigación del derecho romano en Cuba fue el desarrollo en la Habana del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, con la coordinación de las Universidades de la Habana y Pinar del Río y de las instituciones tradicionales que dirigen académicamente estos Congresos.

En este Congreso, se impartieron cursos previos, en la Universidad de Pinar del Río, por los profesores Pierangelo Catalano, Giovanni Lobrano, Mercedes Gayosso y Navarrete, Norberto Rinaldi y Julio Fernández Bulté.

bajadores sin los niveles de masividad originales, sobre todo porque ahora el ingreso a toda carrera universitaria tiene como requisito haber aprobado el mismo examen de ingreso que se debe vencer para ingresar en los cursos regulares diurnos.

¹⁴ Los Seminarios fueron nombrados y así se mantiene su esencia como Seminarios en el Caribe de Derecho Romano y Latinidad. *Identidad e Integración Latinoamericana y Caribeña*.

¹⁵ Ponentes tradicionales de los últimos Congresos —desde el de la Habana del año 2002— y de casi todos los Seminarios, como es el caso de la maestra de la Universidad de Pinar del Río, Orisel Hernández Aguilar y el del autor de este artículo, hemos presentado trabajos de derecho público romano en el cien por ciento de los casos.

El tema central del Congreso de la Habana fue “El Derecho Romano en la Identidad e Integración de América Latina frente al fenómeno de la Globalización”, y contó con la presencia de 106 delegados de 17 países.

En el informe de relatoría de este Congreso se puede encontrar la siguiente conclusión:

La Comisión de Derecho Público Romano trató ...sobre la importancia creciente del Derecho Público Romano para una comprensión total del Derecho Romano, la necesidad de la no traspolación anticientífica de terminología original de modelos políticos y jurídicos ajenos al Romano hacia la realidad histórica romana, la ascensión del municipio a lo más alto del ejercicio del poder político popular y la reivindicación del sistema jurídico indígena como simiente jurídica y cultural de América Latina, y como síntesis de la necesidad emergente de la integración latinoamericana a través y sobre el sistema político y jurídico latino, ante la globalización económica y cultural del modelo anglosajón y el neoliberalismo.¹⁶

En los últimos diez años, las publicaciones sobre derecho romano en Cuba han proliferado, sobre todo en obras de homenaje a juristas destacados cubanos o extranjeros.¹⁷

Entre los trabajos más llamativos se encuentran: *El favor debitoris y la protección del contratante más débil. Raíz romanística y referencia a la legislación positiva cubana*, de Teresa Delgado Vergara. *Una defensa a favor del valor justicia en el Derecho Romano de persona. Especial referencia al estatus jurídico del siervo en Roma*, de Joanna González Quevedo. De la misma autora, *La participación popular en el proceso de formación de la ley. Fundamentos históricos desde el iusromanismo. Reflexiones en torno al enriquecimiento constitucional cubano con elementos del tribunado romano*, de

¹⁶ E. Valdés Lobán y M. Montes López (comps.), *Memorias del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, La Habana, Cuba, 7 al 10 de agosto del 2002*, Morelia y Pinar del Río, 2004, p. 399.

¹⁷ En Cuba sólo existen dos publicaciones jurídicas especializadas, que son la *Revista Jurídica*, del Ministerio de Justicia y la *Revista Cubana de Derecho*, de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, por lo que la publicación de trabajos sobre derecho romano no encuentra un espacio natural y menos propio para su concreción. Aun así es notable que hayan aparecido trabajos de derecho romano en obras como las siguientes: *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté* —año 2009—, *El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carveras Cuevas* —año 2011— y *Temas de Historia del Derecho y Derecho Agrario, homenaje al profesor Orestes Hernández Más* —año 2013—, todos coordinados por el profesor Andry Matilla Correa, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Igualmente trabajos cubanos aparecieron en la obra *Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, compilado por el Dr. José Luis Cuevas Gayosso y publicado por la Universidad Veracruzana de Xalapa, México en el año 2009.

Julio Antonio Fernández Estrada. *Los principios republicanos del ideario martiano: su inspiración romanista*, de Orisel Hernández Aguilar. *Las claves del urbanismo romano*, de Marta Fernández Martínez. *Cuba y su contribución a la difusión de la cultura jurídica romana en Hispanoamérica durante el siglo XIX*, de Lester Martínez Quintana y del mismo autor, junto a Yulieska Hechavarría González, *José Antonio Saco y el Derecho Romano. Pequeña historia de la iurisprudencia, ¿desde la oficialidad?*, de Amalia Pérez Martín.

En el año 2004, los profesores Eurípides Valdés Lobán, Giovanni Lobrano y Pietro Paolo Onida logran un acuerdo para un Proyecto de Investigación sobre la Influencia romanística en el pensamiento jurídico-constitucional de José Martí. Legado y vigencia. Este acuerdo fue reconocido por el gobierno cubano en 2005.

Del año 2007 a la fecha los estudios y la enseñanza del derecho romano en Cuba han sufrido la desaparición física de los profesores Valdés Lobán, Fernández Bulté y Carreras Cuevas, lo que ha dejado en manos de docentes jóvenes todo el trabajo que ellos habían impulsado durante los años más prolíficos de sus vidas.

Del año 2005 a la actualidad se han defendido tres tesis de doctorado en ciencias jurídicas, en Cuba, relacionadas con el derecho romano¹⁸ y a su vez han sido presentadas tesis de licenciatura en derecho y de maestría en derecho constitucional y administrativo, con temas de derecho romano o vinculados con éste.¹⁹

¹⁸ En el año 2005 el autor de este trabajo defendió satisfactoriamente la tesis *El tribunado, sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo iuspublicístico*, primera tesis de doctorado en Cuba sobre derecho público romano desde 1886, año en que se presentó el trabajo *Derecho Público de Roma en las relaciones con sus colonias y demás ciudades sujetas a su dominación y con las provincias*, de José Antonio González Lanuza. En el año 2007, se defendió la tesis del profesor de la Universidad de Oriente, en Santiago de Cuba, Léster Martínez Quintana, titulada *El derecho civil romano en Cuba durante los siglos XVIII y XIX antes de la promulgación del código civil de 1889*. En diciembre de 2014 se doctoró la maestra Joanna González Quevedo, de la Universidad de la Habana, con la tesis *La recepción de los principios del iusrepublicanismo romano en el diseño político-jurídico de la participación ciudadana en la República de Cuba*. El resultado de esta investigación había evolucionado a su vez desde la tesis de licenciatura en derecho y la tesis de maestría en derecho constitucional.

¹⁹ En el año 2009 se defendió la tesis de licenciatura en derecho en la Universidad de la Habana *La jurisprudencia en el Derecho actual ¿todos los caminos conducen a Roma?*, de Amalia Pérez Martín, investigación que se convirtió en el libro del mismo nombre publicado por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát y la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes-San Luis Potosí, 2010. En el año 2011 se presentó y graduó la tesis en opción de maestría en derecho constitucional de la Universidad de la Habana, del aspirante Luis Mario Coto, profesor de derecho romano en la Universidad Agraria de San José de las Lajas, con el título *La participación popular en el Consejo Popular cubano a través del Poder Negativo Indirecto*. En el mismo año y con igual éxito se presentó la tesis, en la mencionada maestría, de la profesora pinareña Orisel Hernández Aguilar, titulada *La técnica*

Del año 2008²⁰ hasta el día de hoy se han profundizado las relaciones de trabajo de universidades cubanas, sobre todo con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Sassari, donde ha jugado un papel de promoción y comunicación, admirables, el profesor Pietro Paolo Onida, que podría llamarse amigo del derecho romano cubano.

Del referido año hasta el día de hoy han sido beneficiados con becas de Profesores Visitantes a esta Universidad sarda —siempre a partir de la vocación romanística y para el desarrollo de actividades docentes e investigativas—, docentes cubanos de altas casas de estudios de las provincias de Santiago de Cuba, Ciego de Ávila, la Habana y Pinar del Río.

A partir de una idea impulsada por los romanistas sardos Giovanni Lobrano y Pietro Paolo Onida, se ha relanzado en la actualidad la vigencia de un viejo Convenio de Colaboración Académica, firmado en los años del acercamiento inicial entre las universidades de la Habana y Sassari, ahora convertido en un nuevo intento de acuerdo marco de cooperación académica, que involucra a las Universidades de la Habana, Pinar del Río, Sassari, Roma, Tor Vergata, Boloña, Brescia, Padua, y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, y que se encuentra en proceso de negociación.

jurídica de la regulación de los mecanismos de participación popular municipal en Cuba y su incidencia en la realización de los mismos. Análisis probabilístico de la percepción de los operadores en el municipio Pinar del Río. En el mismo año y en el mismo postgrado se graduó Liliam Fiallo Monedero con la tesis *Las autonomías bolivianas. Espacios de poder local* y Abraham Zaldivar Rodríguez, con la tesis *Empoderamiento. Una nueva propuesta conceptual*, en dicha maestría pero en el año 2013. En el año 2011, se defendió la tesis de licenciatura en derecho en la Universidad de la Habana *Municipio romano y mecanismos de participación popular. Aportes al constitucionalismo latinoamericano actual de Venezuela y Ecuador*, de la aspirante y actual profesora de derecho romano, Viviana Romero. En el año 2013 se graduaron de la licenciatura en derecho en la Habana, los estudiantes Verónica Hernández Morejón y Ernesto Ramos Montañes, con el trabajo de diploma *El Derecho Civil Romano como sistema único de Derecho. Su difusión académica en la Universidad de la Habana*. La tesis de licenciatura *El fenómeno de la recepción de la Instituta de Gayo en sede de contratos consensuales para el Derecho Civil cubano actual*, de la estudiante Regla Yinet Piedrahita Reboredo, se presentó satisfactoriamente en la Facultad de Derecho de la Habana en el año 2014. En el propio año 2014 se publicó por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C. y la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes-San Luis Potosí, la obra *De Roma a América Latina: el Tribuno del pueblo frente a la crisis de la República*, de Julio Antonio Fernández Estrada.

²⁰ En noviembre de 2008 se desarrolló en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Sassari un evento de una jornada, donde presentamos avances de investigación los profesores invitados cubanos Freider Santana, Léster Martínez y Julio Antonio Fernández, bajo el auspicio de la presidencia de la Facultad de Jurisprudencia en la referida universidad, del profesor Giovanni Lobrano y la coordinación constante de Pietro Paolo Onida. Este encuentro estuvo dedicado a los recientemente fallecidos romanistas cubanos Julio Fernández Bulté y Eurípides Valdés Lobán.

Importante momento para este relanzamiento fue la reunión celebrada en la Universidad de la Habana, el 5 de agosto de 2013, entre profesores italianos y cubanos, en representación de centros de altos estudios de Sassari, Brescia, La Habana y Pinar del Río, en la que resultó la propuesta de organizar el trabajo conjunto a partir de la premisa de estudiar los problemas generales del derecho a través del derecho romano, según la noción del gran romanista italiano Giuseppe Grosso y bajo un lema paradigmático que debía salir de la obra del jurista cubano Julio Fernández Bulté.

Para dar continuidad a esta propuesta y durante el II Seminario de Estudios de Codificación Municipal, realizado en Sassari, en diciembre de 2013, el profesor Pierangelo Catalano dio lectura a una propuesta cubana —en el evento éramos ponentes la maestra Orisel Hernández Aguilar y el autor de este artículo— de problemas del derecho que debían atravesarse con la ética y la lógica del derecho romano.

Entre estos problemas considerados por nosotros se encuentran:

- Carácter exclusivo del concepto de pueblo en la actualidad. ¿Qué Estado defendemos en y para la democracia latinoamericana y dentro del constitucionalismo bolivariano, el que se pretende por la teoría encabezada históricamente por las concepciones de Hobbes o Hegel, o el que rescata valores y conceptos romanos y republicanos como sociedad y fraternidad?
- La república y el republicanismo actuales mirados a través del derecho romano. Análisis y confrontación de la interpretación democrática pero helenística y no romanista de una parte de las ideas políticas y jurídicas actuales, y la mirada propiamente romanística sobre la república. ¿Es el republicanismo que se defiende hoy, en el llamado por Pierangelo Catalano, constitucionalismo bolivariano, consecuente con la idea romana de república? Estudio de la idea de una teoría de la república, presente en el Digesto de Justiniano, explicada por Giovanni Lobrano.
- El problema de la existencia o no de un nuevo constitucionalismo latinoamericano. Estudio de la tesis del constitucionalismo bolivariano, de Pierangelo Catalano.
- El problema de la integración política y jurídica de América Latina, a través de la mirada romanística.
- ¿Cómo estudiar, entender o enriquecer la discusión latinoamericana sobre el pluralismo jurídico, desde el derecho romano?
- El problema del interés público y el interés privado en la creación, ejecución y control de las políticas llamadas públicas. ¿Es realmente

pública la administración que llamamos pública? Interpretación y estudio desde el derecho romano.

- ¿Protección al consumidor o protección a la ciudadanía? El problema de proteger de forma especial a los consumidores y no a los ciudadanos en general. Qué tiene que decir o aportar a este problema el derecho romano.
- El problema del derecho, de la confusión entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico, analizado desde la perspectiva romanista.

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

En la actualidad los estudios y la enseñanza del derecho romano en Cuba mantienen, a mi entender, las siguientes características.

- Un pobre uso de las fuentes romanas, y por lo tanto un uso desmedido de las obras de difusión didáctica del derecho romano.
- Un acceso problemático a la bibliografía especializada y actualizada en temas de derecho romano, de Italia, América Latina y otras partes del mundo.
- Una consolidación de los estudios de derecho civil de espaldas al derecho romano o mediante acercamientos superficiales.
- Una consideración establecida sobre el carácter histórico del derecho romano y sobre su trascendencia, en todo caso, para la formación cultural del jurista.
- Una dificultad creciente para defender la existencia, autonomía, legitimidad y utilidad, de temas de investigación propiamente romanísticos, dentro de las universidades cubanas.
- A la misma vez, se evidencia la consolidación de una visión revivida del derecho romano, dejada como impronta por hombres como Julio Fernández Bulté o Eurípides Valdés Lobán, visible en la trayectoria docente e investigativa de las nuevas generaciones de juristas cubanos, que conservan la vocación romanista con prestancia y verticalidad científica.
- Es un hecho el impacto de las obras sobre derecho público romano, de romanistas como Pierangelo Catalano, Giovanni Lobrano o Pietro Paolo Onida, entre los nuevos investigadores y docentes cubanos.
- No se vislumbra ninguna amenaza, en fin, para el derecho romano, ni de tipo académico ni de tipo burocrático, porque goza de legitimidad en la tradición de la enseñanza del derecho en Cuba.

APORTACIONES DE LAS TESIS JURÍDICAS NOVOHISPANAS DEL SIGLO XVII*

María Fernanda GONZÁLEZ GALLARDO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Método de estudio*. III. *Exámenes de grado*. IV. *Tesis de grado*. V. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Al intentar hacer una valoración de las tesis con que los estudiantes de Leyes de la Real Universidad de México obtenían los grados en el siglo XVII, a menudo se presentaba la duda de si aportaban algo al pensamiento jurídico novohispano o eran mera repetición del *Corpus Iuris Civilis*.

Los primeros acercamientos permitieron observar cierta actualización de términos del latín clásico y de simbología del mundo antiguo trasladados a terreno americano, se identificaron neologismos¹ y estrategias retóricas (anagramas, entrecruzamientos de literatura clásica y de religión cristiana,

* El presente trabajo es parte de la investigación que realicé en la Maestría en Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México: *Las tesis de licenciados y doctores en Leyes de la Real Universidad de México en el siglo XVII: Código*, mayo de 2014. Asimismo, una versión resumida de este texto se presentó en el XIX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, el 27 de agosto de 2015, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Neologismos, como por ejemplo, el que se encuentra en la tesis de Eugenio de Olmos Dávila, del 15 de mayo de 1652, en donde se incorpora *gabella* como un término distinto del de “tributo”. La palabra *gabella*, ae, f. es un neologismo tomado de la voz española ‘gabela’. En sentido figurado, del siglo XVII al XX, designaba “carga, servidumbre, o gravamen.” Con esto se pude ver una de las innovaciones lingüísticas que estas tesis generaron. *Cf.* González Gallardo, María Fernanda, *op. cit.*, pp. 86-95.

con personajes de la época),² y se vio también la relación entre algunos temas elegidos para el examen y el contexto histórico del siglo XVII.

El objetivo de este nuevo trabajo es analizar a detalle algunas de las conclusiones que obtuvieron los alumnos en sus tesis y poder determinar si fueron originales en términos jurídicos o no; por otra parte, se demuestra que los títulos de las tesis novohispanas se alejan de los establecidos por la Universidad y se intenta dar una explicación.

II. MÉTODO DE ESTUDIO

La Real Universidad de México se fundó tomando como base el modelo claustral de la Universidad de Salamanca, aunque eso no implicó su reproducción idéntica, como señala la doctora Clara Inés Ramírez,³ por lo que se verá presentan diferencias los estatutos de ambas universidades.

Los estudiantes novohispanos debían apegarse a la escuela del *mos italicus*, es decir, el método tradicional de estudio del Derecho romano en la época, al ceñirse a la exégesis textual. Para regular el “programa educativo”, los estatutos universitarios novohispanos indicaban los títulos de los distintos libros del *Corpus Iuris Civilis*⁴ que debían revisarse durante los cinco años que duraban los estudios.

En los *Estatutos* del oidor Pedro Farfán de 1580, título quinto, *De lo que han de leer los catedráticos de Cánones y Leyes*, se dice que sólo hay dos cátedras de Leyes: una de Código y otra de *Instituta*. En lo que respecta a Código se ordena que se lea:

En el primer año “desde Sant Lucas⁵ a Navidad el título de *Edendo* (C. 2,1)⁶ y *De in jus vocando* (C.2,2). En enero y febrero el título *De Pactis* (C.2,3).

² Un ejemplo de la analogía entre decuriones romanos y regidores novohispanos puede verse en González Gallardo, María Fernanda, “Una tesis novohispana de 1668 sobre decuriones y regidores: texto, traducción y comentarios”, *Nova Tellus*, núm. 32-2, 2015, pp. 291-307.

³ Cfr. Clara Inés Ramírez, “Dos universidades del siglo XVI: Salamanca y México. Perspectivas de investigación”, Enrique González González y Leticia Pérez Puente (coords.), *Proyecto de estatutos ordenados por el virrey Cerralvo (1626)*, (La Real Universidad de México. Estudios y textos, III), México, Centro de Estudios sobre la Universidad, UNAM, 2001, p. 56.

⁴ Es preciso recordar que el *Corpus Iuris Civilis* se divide en Instituciones (*Instituta*), Digesto (*Digesta*), Código (*Codex*) y Novelas (*Novellae*), de ahí que las cátedras llevaran el nombre del libro que se revisaba.

⁵ En el santoral, el día de San Lucas Evangelista corresponde al 18 de octubre.

⁶ Entre paréntesis está la referencia que indica la manera actual de citar (por libro, título y parágrafo), que corresponde a los pasajes de las ediciones antiguas del *Corpus Iuris*, estipuladas a partir de la *Editio maior* elaborada por Paul Krüger.

En marzo y abril el título *De Transactionibus* (C.2,4). En mayo y junio el título *De negotiis gestis* (C.2,19). En julio y agosto hasta vacaciones el título *De in integrum restitutione* (C.2,21) y la *Authentica Sacramenta puberum*.”

En el segundo año “desde Sant Lucas a Navidad el título *De Judiciis* (C.3,1). En enero y febrero el título *De modo officioso testamento*.⁷ En marzo y abril el título *De Reivindicacione* (C.3,32). En mayo y junio el título *De Servitutibus et Aqua* (C.3,34). En junio y agosto el título *Familie haeriscundae* (C.3,36).”

En el tercer año “desde Sant Lucas a Navidad el título *De Rebus creditis et jurejurando* (C.4,1). En enero y febrero el título *De conditiones indebiti* (C.4,5). En marzo y abril el título *De probationibus* (C.4,19). En mayo y junio el título *De contrahenda emptione* (C.4,38). En julio y agosto hasta vacaciones el título *De Locato*. (C.4,65).”

En el cuarto año “desde Sant Lucas hasta Navidad, el título *De jure Dotationum*⁸ (C.5,12). En enero y febrero el título *De naturalibus liberis* (C.5,27). En marzo y abril el título *Qui admitti ad bonorum possessionem possunt* (C.6,9). En mayo y junio el título *De Colationibus* (C.6,20) En julio y agosto hasta vacaciones, el título *De impuberum et aliis* (C.6,26).”

En el quinto año “el título *De Fideicommissis* (C.6,42) desde San Lucas a Navidad. En enero y febrero el título *Ad Trebelianum* (C.6,49). En marzo y abril el título *De acquirenda possessione* (C.7,32). En mayo y junio la ley única del Código *De Sententiis quae pro eo quod interest proferuntur* (C.7,47) y el título *De Evictionibus* (D.21,2).⁹ En julio y agosto hasta vacaciones el título *De accusationibus* (C.9,2).”¹⁰

Si se observa detalladamente, se verá que los únicos libros del Código que no se revisan son el primero, que trata sobre las relaciones entre Iglesia y Estado, fuentes del derecho y funcionarios públicos, y los tres últimos (10-12), que versan sobre derecho administrativo y financiero.¹¹ Este tema cobra relevancia al relacionarlo con el procedimiento para la designación de puntos para el examen de grado, como se hará más adelante.

Por otra parte, no interesa solamente conocer qué títulos revisaban los alumnos en la cátedra, sino también de qué manera lo hacían. Sobre este aspecto puede verse en los *Estatutos* del oidor Pedro Farfán de 1580, título V, constitución 19: “*Lean sólo texto y glosa* y se encarga a los Rectores la

⁷ Al parecer, es una errata, se refiere a *De inofficioso testamento*. (C.3,28)

⁸ Al parecer, se trata de una errata. Sería *Dotium* en vez de *Dotationum*.

⁹ Este título *De evictionibus et duplae stipulatione* no pertenece al Código, sino al Digesto.

¹⁰ *De accusationibus et inscriptionibus*.

¹¹ En la Universidad de Salamanca, en cambio, según sus estatutos, sí incluía la lectura del libro 11.

conciencia”.¹² En el proyecto de estatutos ordenados por el virrey Cerralvo en 1626, título 17, *De cómo an de leer los lectores y a qué ora, y cómo an de oír los oyentes*, se aclara que durante una hora debían revisarse texto y glosa de autores determinados, así como intentar explicarlos:

estatuimos y hordenamos que de aquí adelante, todos los catedráticos y lectores de cánones y leyes y teología sean obligados a gastar la mitad de la ora en dictar y la otra mitad en explicar *biba boçis e in fluxu orationis*, ynsistiendo en todo este tiempo dicho de la media ora solamente en el berdadero *entendimiento del textto y dificultad de las glosas Abad y a Bartolo*, sacando en limpio la verdadera y común doctrina, sin derramarse a materias estrañas e ympertinentes...

Lo ordenado por el virrey Cerralvo quedó en proyecto, por lo que los *Estatutos* de Farfán permanecieron vigentes. En 1668 entraron en vigor las *Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México*, de Juan de Palafox y Mendoza, obispo de Puebla, pero en éstas no se señalaba ningún título ni algún método de estudio del Derecho romano, de manera que sólo se tienen las pocas referencias que dan los otros estatutos.

Las escasas aclaraciones que se hacen sobre el método dejan ver cómo texto y glosa se revisaban conjuntamente, dirigiendo así el sentido de los comentarios de los alumnos tanto al momento de conocer y estudiar por vez primera los textos, como en sus tesis y exámenes de grado, además se observa la relevancia que seguía teniendo el Abad Panormitano¹³ para el derecho canónico y Bártolo de Sassoferrato,¹⁴ para el derecho romano o civil.

III. EXÁMENES DE GRADO

Para obtener los grados de licenciado o doctor, los alumnos debían presentar en lengua latina dos exámenes o actos de repetición, uno privado, en el que disertaban acerca del Digesto, y otro público, en el que trataban y hacían tesis —también en latín— sobre el Código, libro integrado por constituciones imperiales que van desde el emperador Adriano (76-138) hasta Justiniano.

¹² Al respecto, los estatutos de la Universidad de Salamanca no aluden a la glosa, pero sí a que se debe leer en latín, en el párrafo 2, título XXI, *COMO HAN DE leer los lectores, y en que días, y como han de oyr los oyentes*.

¹³ “Abad Panormitano”, Nicoló d’ Tudeschi, (1386-1451), autor de los *Commentaria in primum Decretalium librum*.

¹⁴ Bártolo de Sassoferrato, postglosador o comentarista, del siglo XIV. Los postglosadores se caracterizaban por hacer referencia a la Gran Glosa o *Glossa Ordinaria* (c. 1230) de Acursio.

En la asignación de los pasajes o “puntos” de los exámenes se mezclaban azar y elección: se elegía a alguien “no letrado” para que abriera al azar el libro del Digesto o del Código en tres partes y efectuara tres “piques” consecutivos con un cuchillo; el primero de estos cortes lo daba en medio, y los otros dos a los lados. De estas tres partes, el aspirante al grado escogía un “punto general” acerca del cual se le señalaba una cuestión concreta o “punto más especial”, y se repetía la operación para cada uno de los tres casos.¹⁵

Marcelo Da Rocha Wanderley ha podido ver que detrás de la obtención de grado existía el interés de obtener un cargo en alguna de las audiencias de los reinos,¹⁶ por tanto era importante que el aspirante demostrara su destreza en el examen y es probable que por esta razón el Código se abriera justamente en los libros sobre tema administrativo (libros 10-12),¹⁷ a pesar de que como ya se mostró, este tema no haya sido incluido en los estatutos universitarios.

Además de la destreza que se debía demostrar en el examen, para favorecer un buen puesto en el futuro, era necesario comprobar un historial de éxito en grados y oposiciones, para lo cual las relaciones sociales tuvieron magna importancia. Estos vínculos pueden verse claramente en los personajes involucrados en las tesis, mismos que algunas veces fungieron como mecenas y otras, sirvieron para dar validez e importancia al grado: Bernardino de Aguilera, en 1657, dedicó su tesis al virrey Francisco Fernández de la Cueva y Enríquez de Cabrera, Duque de Albuquerque;¹⁸ Cristóbal Sánchez de Guevara, en 1631, dedicó su tesis al virrey Rodrigo Pacheco y Osorio, Marqués de Cerralbo;¹⁹ Rodrigo de Fuentes y Guzmán, en 1653, dedicó su tesis al Oidor y Alcalde del

¹⁵ González González, Enrique, *Proyecto de estatutos ordenados por el virrey Cerralvo (1626)*, (La Real Universidad de México. Estudios y textos, III), México, Centro de Estudios sobre la Universidad, UNAM, 1991 Cerralvo, 23, 6; Palafox y Mendoza, Juan de, *Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México*, 2ª ed., México, Imprenta de D. Felipe de Zúñiga y Ontiveros, 1775, p. 278. En la Universidad de Salamanca, en cambio, quien examinaba era el que elegía sobre qué puntos sería la *lectio*. Véase *Estatutos de la Universidad de Salamanca*, parágrafo 3, título XXXII, *De los grados de licenciamiento y doctoramiento*.

¹⁶ Da Rocha Wanderley, Marcelo, “Si saben ustedes de los méritos. Escritura, carreras de abogados y redes personales en Nueva España (1590-1700)”, en *Carrera, linaje y patronazgo: clérigos y juristas en Nueva España, Chile y Perú (siglos XVI-XVII)*, Rodolfo Aguirre Salvador (coord.), México, Plaza y Valdés / Centro de Estudios Sobre la Universidad / UNAM, 2004, pp. 177-237.

¹⁷ Ha podido corroborarse esto a partir del estudio de las vidas de estos estudiantes, quienes en su mayoría primero tuvieron un puesto académico y administrativo en la Universidad, y luego algún cargo público. Véanse las notas a pie de página de los alumnos señalados más abajo en este trabajo.

¹⁸ Véase González Gallardo, María Fernanda, *Las tesis de licenciados y doctores en Leyes...*, *cit.*, pp. 108-119.

¹⁹ Véase González Gallardo, María Fernanda, “Una tesis novohispana de 1668 sobre decuriones y regidores...”, *cit.*, pp. 66-74.

crimen Antonio de Lara Mogrovejo;²⁰ Luis Martínez Hidalgo Montemayor, en 1671, dedicó su tesis al inquisidor Pedro de Arbués (inquisidor);²¹ José Osorio Espinosa de los Monteros, en 1668, dedicó su tesis al regidor. Diego de Orduña Sosa y Castilla (regidor);²² etc.

IV. LAS TESIS DE GRADO

Como ya se ha señalado en otros trabajos,²³ a diferencia de las tesis que hoy se elaboran para obtener grados universitarios, las tesis novohispanas consistían en una hoja de 25 a 45 cm de largo por 15 a 30 cm de ancho, estaban impresas por un solo lado, tenían frecuentes alusiones a personajes y conceptos de la cultura clásica y hacían referencia a personajes o conceptos del cristianismo. En cuanto a su ornamentación, conforme transcurrieron los siglos del XVI al XVIII, fueron cada vez más decoradas, no sólo en los grabados, sino también en la tipografía, de tal manera que para el siglo XVIII se tienen tesis a dos tintas, roja y negra, que incluyen incluso extensas creaciones poéticas.

Su estructura puede dividirse en cinco partes: 1) en la parte superior se incluye el escudo de armas del padrino, de una orden religiosa o del personaje a quien fuera dedicada la tesis (el virrey, un arzobispo o alguien poderoso) y las palabras de ofrecimiento, o la advocación a un santo; 2) en seguida, el nombre del graduado y su ocupación, una especie de *curriculum* del aspirante; 3) casi a la mitad de la hoja, se da la mención del pasaje del *Corpus* sobre el que el aspirante discurre; 4) después, se proporcionan hasta cinco tesis, también llamadas “conclusiones”, o “teoremas”, deducidas del pasaje; 5) Por último, se cierra con una doxología o fórmula de alabanza a la divinidad, el nombre del rector, el pie de imprenta (ciudad, impresor y año), y la firma del presidente del jurado.

Tal como se dijo líneas arriba, el tema principal de las tesis analizadas, es decir, las de la Código, es el administrativo. Ha podido observarse que tratan de impuestos, tributos, portación de armas, regulación de espectáculos y asilos, así como de oficios, como el de maestro, médico, atleta, administrador de la casa real, de vestimentas imperiales, etc., y en todas se diserta y se saca conclusión sobre un título del Código. Lo sobresaliente en esta

²⁰ Véase *ibidem*, pp. 100-116.

²¹ Véase *ibidem*, pp. 140-146.

²² Véase *ibidem*, pp. 120-129.

²³ Véase *ibidem*, *passim*.

investigación es que de 22 tesis analizadas pudo observarse que 13 tienen aspectos distintos respecto del texto justineano (y de la glosa).

Los ejemplos que se presentan a continuación contribuyen a colocar las tesis de grado como innovadoras y modifican la idea que se tiene acerca del *mos italicus* en el estudio del Derecho romano en la Nueva España. Se dividen los ejemplos en tesis que difieren de las fuentes, tesis que utilizan el simbolismo para expresar el poder y tesis en las que la jurisprudencia y la filosofía servirían para que se incidir favorablemente en la juventud.

1. Tesis que difieren de las fuentes

En 1631 el canónigo Cristóbal Sánchez de Guevara²⁴ disertó acerca del parágrafo 4 del título *De privilegiis domus Augustae vel rei privatae et quarum collationum excusationem habent* (Sobre los privilegios de la casa augusta o del asunto privado o de qué contribuciones tienen exención)²⁵ contenido en el libro 11 del Código, en donde se dice que las construcciones dedicadas a grandes emperadores son gastos muy importantes y nadie debe eximirse de ellos. Lo novedoso de la tesis es que Sánchez de Guevara contradice el texto del Código al eximir a monasterios, iglesias, clérigos y otras personas de la Iglesia, del pago de la construcción y reparación de caminos y puentes: *Monasteria, Ecclesiae, clerici, aliaeque personae Ecclesiasticae, si sint inopes, et non habeant domos, praedia, aut alia bona temporalia in locis ubi haec opera debent fieri, ad eorum contributionem nullatenus obligantur.*

Claro que está tomando en cuenta el supuesto de que los eclesiásticos no tuvieran propiedades, sin embargo, no deja de ser llamativo que los libre de los pagos. Este cambio, antes de adjudicarlo al propio de Sánchez de Guevara, habría que buscarlo en alguna otra fuente que abordara las causas para la exención de deudas, las Siete Partidas o las Leyes de Toro, por ejemplo, que entonces tenían vigencia y de las que el candidato al grado habría tenido acceso.

En las Leyes de Toro se eximía a los nobles (‘hijosdalgo’) de la prisión mientras no hubieran cometido delito, como puede verse en la *ley LXXIX*, que reza: “El privilegio de no ser presos los *hijosdalgo* no se estienda á las deudas procedentes de delito ó cuasi.”

²⁴ Cristóbal Sánchez de Guevara, canónigo, se licenció en Leyes en 1631, fue consiliario en 1638 y 1639, diputado en seis periodos desde 1624 y representante del claustro en seis ocasiones, desde 1620 hasta 1633. Fue rector de la Universidad en 1623 y en 1631. Ocupó tres cátedras de Cánones y obtuvo la propiedad de la cátedra de Código de 1632 a 1645. En 1639 entró al cabildo de la Metropolitana como canónigo de gracia. Cfr. González Gallardo, María Fernanda, *Las tesis de licenciados y doctores en Leyes...*, cit., p. 66-74.

²⁵ C.11,75,4.

Es decir, entre los privilegios de los hijosdalgo era “no ser presos”. Sobre la definición de la hidalguía o de la nobleza, las mismas Leyes dicen: “Noble se llama aquél que proviene de antiguo y distinguido Linage, o el que por razón de la dignidad, oficio, ministerio, o ciencia que profesa, está esento de los tributos y demás cargas que sufren los plebeyos.”²⁶

Si se podía exentar a los hidalgos de algún pago, no resultaría extraño que también se exentara a las personas de la Iglesia. De esta manera la reglamentación de la época estaría incidiendo en las conclusiones de Sánchez de Guevara, además, de sus preferencias personales, pues el estudiante ya era canonista cuando se licenció de derecho civil y muy seguramente tenía excelentes relaciones en la universidad, pues pudo ocupar cátedras tanto en Código como en Cánones.

Otro ejemplo de una tesis que escapa a la simple repetición del texto justineano es la de Rodrigo de Fuentes y Guzmán²⁷ quien en 1653 disertó sobre el parágrafo 1 del título *De spectaculis et scaenicis et lenonibus* (*Sobre los espectáculos, las presentaciones escénicas y los lenones*),²⁸ contenido también en el libro 11 del Código, que incluye la constitución imperial de Constantino del año 325 donde prohíbe los espectáculos crueles en el descanso civil y en doméstico sosiego, aunque da a entender que sí los aprueba en tiempos de guerra.

Lo novedoso en esta tesis es que Fuentes y Guzmán generaliza al decir que los espectáculos sangrientos están completamente prohibidos (*cruenta epectacula nulli permittuntur, sed omnino prohibentur*) y no solamente *in otio civili et domestica quiete*, como lo establecía la ley. Podría haber aquí una referencia a la glosa, pues en ésta se habla de sangre (gl. “I”, s. v. “*spectacula*”: *sed non permittitur, si sanguis effundatur in agone, ut sunt torneamenta et similia: quia ludus est noxius*) mientras que en el texto justineano se dice *cruenta spectacula*.

Otra posible explicación para prohibir por completo los espectáculos sangrientos en la Nueva España es el Cristianismo que se estaba imponiendo tan fervientemente. Esta misma situación habría llevado a perdonar ciertos pagos a las personas relacionadas con la Iglesia, tal como se veía en la tesis de Cristóbal Sánchez de Guevara.

²⁶ Nolasco De Llano, Pedro, *Cuarto Comentario a la Ley LXXIX de Toro*. Madrid, MDC-CLXXXV, Valladolid, Lex Nova, 1981.

²⁷ Rodrigo de Fuentes y Guzmán, en 1657 ocupó la cátedra temporal de Instituta que quedó vacante por ascenso a la de Código del Dr. Cristóbal Grimaldo de Herrera. Cfr. González Gallardo, María Fernanda, *Las tesis de licenciados y doctores en Leyes...*, cit., pp. 100-106.

²⁸ C.11,41.

Más discordancias con el texto justineano pueden verse en la tesis de Bernardino de Aguilera.²⁹ Este licenciado disertó en 1657 sobre el título *Si liberalitatis imperialis socius sine herede defecerit* (Si hubiere fallecido sin heredero el socio de una liberalidad imperial),³⁰ incluido en libro 10 del Código, en el que se establece que si uno de los herederos de alguna donación imperial falleciera, su parte correspondiente debería pasar, en primer lugar, al heredero sobreviviente.

Bernardino de Aguilera dice que “los herederos” se deben entender sólo como “los hijos” (*de liberis*), aclaración que no se encuentra en el Código, pero sí en la glosa del mismo título, en donde se lee: “*Nulla haerede s.i. nullo liberorum*”, con lo que puede pensarse que el autor se estaba basando en la Glosa y siguió aquello de limitar a herederos a los hijos. Por otra parte, aún no puede decirse hasta qué punto era importante para el ámbito universitario el derecho feudal, pero este comentario pudiera estar tomado del *ius commune*, pues en ese contexto la *escheat* o caducación de bienes es una doctrina en el *common law* que transfiere la propiedad de una persona que muere sin herederos a la corona o al estado. Este derecho serviría para asegurar que la propiedad no se dejara en el “limbo” sin un propietario reconocido y fue originariamente aplicado a un número de situaciones donde un interés legal en una tierra era destruido por la operación de una ley para que la propiedad de la tierra regresara inmediatamente al señor feudal.

2. *Importancia del simbolismo: el poder*

Otras tesis en las que también se observa cierta originalidad respecto del Código presentan además una inclinación hacia determinados símbolos que denotan poder, es el caso de la tesis de José Adame y Arriaga,³¹ quien en 1681 disertó acerca del título *De studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae* (*Sobre los estudios liberales de Roma y de la Ciudad de Constantinopla*)

²⁹ Bernardino de Aguilera. Catedrático de propiedad de Decreto. En 1671 obtuvo la propiedad de Código en la Real Universidad de México por muerte del Dr. Eugenio de Olmos Dávila. Llegó a ser abogado de la Real Audiencia. Cfr. González Gallardo, María Fernanda, *Las tesis de licenciados y doctores en Leyes...*, cit., pp. 108-119.

³⁰ C.10,4.

³¹ José Adame y Arriaga, canonista mexicano. Fue titular de la cátedra Prima de Leyes en la Real Universidad de México desde 1681. Escribió *Imperialis Mexicana Universitas illustrata ipsius per constitutionum scholia* (Sevilla, 1698). Su obra informa las bases jurídicas de la jubilación tanto en la Universidad de México como en la Universidad de Salamanca. Cfr. González Gallardo, María Fernanda, *Las tesis de licenciados y doctores en Leyes...*, cit., pp. 174 – 185.

presente en el ya mencionado libro 11 del Código,³² en donde se dice que los falsos maestros sufrirán la infamia y la expulsión, que los que enseñen privadamente en sus casas, habiéndose constituido para la enseñanza pública no tendrán ningún privilegio, y que el número y el tipo de maestros que debe haber en las escuelas es: 13 maestros especialistas en elocuencia romana (3 oradores y 10 gramáticos), 13 maestros especialistas en oratoria griega (3 sofistas y 10 gramáticos), 1 filósofo y 2 expertos en derecho y leyes; todos con locales especialmente designados para favorecer el estudio.

Adame y Arriaga hace una novedosa petición para que los maestros de leyes sean redimidos, es decir, librados de obligaciones, con el púrpura rosado a causa de su ministerio imperial, pero sin cargos (*num praerogativa speciali magistri legum ius repetunt, ut absque sumptibus, et de more solitis solemnibus propter eorum imperiale ministerium pileo redimantur roseo, seu phaenicio*). Este dato no se encuentra en C.11,19, ahí se da por entendido que los maestros tienen privilegios pero sin llegar al punto de investir a los profesores de leyes con insignias purpúreas imperiales.

Como antecedentes a esta idea podrían referirse el título 3 del libro 13 del Código Teodosiano (438), *De medicis et professoribus* (C.Th.13,3), y el *Tractatus de insigniis et armis*, de Bártolo de Sassoferrato (s. XIV).

A. C.Th.13,3 *De medicis et professoribus*

El Código Teodosiano coloca a los médicos, a los gramáticos y a otros maestros de letras en una posición bastante privilegiada. En el título referido se dice que son inmunes a los asuntos ciudadanos, se prohíbe que sean enjuiciados o injuriados y se establece que si alguien los molestara debería pagar cien mil monedas al erario.³³ Más adelante se declara que profesores de artes liberales y médicos tienen una dignidad de primer y que no se les pueden quitar privilegios ni beneficios, de lo contrario esto llevaría a una sanción.³⁴

³² C.11,19.

³³ C.Th.13,3,1 pr. *Imp. Constantinus a. ad Volusianum. Medicos, grammaticos et professores alios litterarum immunes esse cum rebus, quas in civitatibus suis possident, praecipimus et honoribus fungi; in ius etiam vocari eos vel pati iniuriam prohibemus, ita ut, si quis eos vexaverit, centum milia nummorum aerario inferat a magistratibus vel quinquennialibus exactus, ne ipsi hanc poenam sustineant*, (321/4 aug. 1).

³⁴ C.Th.13,3,17 *Idem aa. Helioni magistro officiorum. Artium liberalium professoribus ac praecipue medicis, qui cum comitivae primi ordinis ac secundi militant dignitate, privilegia et beneficia a retro principibus praestita nec non etiam nova ipsis eorumque filiis clementia nostra detulit, ut cohaerens sanctio protestatur: quae tenaciter observari oportet. Dat. prid. kal. dec. Constantinopoli Constantio et Constante cons.* (414 nov. 30).

B. *Tractatus de insigniis et armis de Bártolo de Sassoferrato*

En este tratado se hace una distinción minuciosa de los distintos tipos de señales y armas que expresan ideas políticas acerca de las dignidades y se expone la diversidad de maneras en que estas señales y armas se pueden ostentar y figurar, haciendo una especie de catálogo de leyes heráldicas.

Bártolo aconseja que solamente el príncipe use color purpúreo:

color purpúreo o colorado grana, el qual significa la lumbre o fuego, el qual es sobre los otros elementos, e después del sol, es cuerpo más lunbroso; e por la nobleza dél, a ninguno non conviene traer vestidura del dicho color, synon solamente al príncipe, como se nota en el Código, título “de las vestiduras de grana coloradas”, la ley iii, iiiii, v, en el honzeno libro; e en la dicha ley iii expresamente se dize este color ser más noble que los otros.³⁵

A partir de estas referencias es claro que en el mundo romano los maestros tenían un lugar especial dentro de la sociedad y que esta idea pervivió, por lo que la asociación del maestro con el príncipe no resultaría tan forzada. Por otra parte, hay que notar también que el estudiante Adame y Arriaga logró ser titular de la cátedra Prima de leyes (Digesto) en la Real Universidad de México desde 1681, mismo año en que obtuvo el grado de doctor con esta tesis. Al favorecer a los maestros en sus conclusiones estaría buscando la venia de sus examinadores y al mismo tiempo, favorecerse a sí mismo.

3. *Jurisprudencia y filosofía para que se restituya la gloriosa juventud*

El último aspecto a señalar acerca de las aportaciones de estas tesis novohispanas es la preocupación que se muestra acerca de la Jurisprudencia y la Filosofía en relación con los jóvenes, punto que también dista de lo expresado en las fuentes.

En 1681, el bachiller Francisco de Aguilar Castro³⁶ en su disertación acerca del título 19 del libro 11 del Código, *De studiis liberalibus urbis Ro-*

³⁵ Traducción cuatrocentista. Véase Rodríguez Velasco, Jesús D., *El Tractatus de insigniis et armis de Bartolo y su influencia en Europa (con la edición de una traducción castellana cuatrocentista)*, Separata de “Emblemata”, 2, Institución “Fernando el Católico”, 1996, pp. 35-70.

³⁶ Francisco de Aguilar Castro (1632-1700), colegial de San Ildefonso y doctor en ambos Derechos, catedrático de Código y rector (1688-1689), en cuyo cargo se jubiló de la Real y Pontificia Universidad de México; visitador de juzgados, fiscal especial, sinodal y canónigo penitenciario de la capital. Designado arzobispo de Manila en las Filipinas, no

mae et Constantinopolitanae (Sobre los estudios liberales de Roma y de la Ciudad de Constantinopla),³⁷ hizo tres conclusiones y en todas agregó aspectos novedosos.

En la primera conclusión dice que se debe instituir la doctrina de la filosofía y la jurisprudencia para que se restituya la gloriosa adolescencia (*ut gloriosa reddatur adolescentia, Phylosophiae, et Iurisprudentiae doctrina debet institui*); en tanto que en su tercera conclusión coloca al monarca español en un lugar más alto que los emperadores romanos por al haber instituido estas cátedras (*tanto magnificentior Hispanus Monarcha, in reddendo gloriosiorem Mexicanam iuventutem, Romanis Imperatoribus extitit; quanto erectarum Cathedrarum numerus, tam pro Phylosophia, quam pro Iurisprudentia hic edocenda; numero erecto Romae, et Constantinopoli supreminet*).

Pudiera pensarse que el estudiante novohispano retomaba la glosa,³⁸ pues añadía a la palabra *gloriosam, adolescentiam*, como lo aclara la glosa, sin embargo, resulta más relevante notar la función que atribuye a este binomio de cátedras —Leyes y Filosofía— en la Nueva España del siglo XVII, pues las coloca como motores de cambio social y político y de esta manera actualiza el texto jurídico.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El estudio de las tesis novohispanas es un medio de ejercer la filología; se descubre el enorme legado de Roma a través de un documento de pequeñas dimensiones.

Lo primero que se observa en las tesis —o “conclusiones”—, luego de haber descifrado la oscuridad del latín con el que llegan a estar escritas, son los mecanismos retóricos presentes en las dedicatorias o incluso en las “conclusiones”. Mediante estas artes verbales se hacen símiles de los mecenas con los militares, de los atletas con los virreyes y los abogados, de los doctores-maestros con los emperadores, de los santos con los maestros; salen a la luz los personajes —y sus historias— que daban vida a la Real Universidad de México.

En una segunda lectura y al comenzar la revisión de la fuente justiniana, puede percibirse una generalización o simplificación del párrafo del Código sobre el que el postulante al grado diserta y uno puede llegar a subestimar estas joyas documentales creyendo que no aportan nada nuevo.

pudo tomar posesión del cargo pues murió en 1700, a los 68 años. Véase González Gallardo, María Fernanda, *Las tesis de licenciados y doctores en Leyes...*, cit., pp. 186-192.

³⁷ C.11,19.

³⁸ gl. ‘h’, s.v. ‘Gloriosam’, C.11,19. “^hGloriosam not. adolescentiam gloriosam (^dAdolescentiam non decet gloriae cupiditas.”

Una vez que se profundiza en el estudio de cada tesis, cotejando las conclusiones con la fuente y la glosa, se logra encontrar que más de la mitad del material revisado no repite al pie de la letra lo que dice el texto justiniano y surgen varias interrogantes que motivan fuertemente la investigación pues se cuestiona la idea de que en las *repetitiones* (exámenes) sólo se repitiera.

Al final, cuando logran integrarse personajes, historias, tesis, fuentes jurídicas y estatutos universitarios, se llega a la conclusión de que estos documentos han sido desaprovechados: En primer lugar, demuestran la sólida formación de los estudiantes de la Facultad de Leyes, pues se disertaba sobre libros que los estatutos universitarios no contemplaron. En segundo lugar, se ve claramente la interacción entre personajes poderosos de la época así como las estrategias de los alumnos para conseguir puestos importantes, tanto académicos como administrativos, en la Real Universidad y en el gobierno. En tercer lugar, se determina que las tesis novohispanas son originales en términos jurídicos pues algunas de las diferencias que se presentan respecto del texto justiniano, modifican su sentido.

Este tipo de trabajos no pueden ser sino multidisciplinarios, de ahí que esta participación sirva para invitar a los estudiosos del derecho romano, para que de la mano de la Filología, en su línea de Tradición y Recepción clásicas, sigan encontrando las innovaciones y las repercusiones que estas tesis novohispanas llegaron a tener en la historia de México, para que a partir del estudio del legado romano se fortalezca no sólo la “gloriosa juventud” sino nuestra “gloriosa nación” y con ello la cultura del mundo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes

Corpus Iuris Civilis Iustiniani, cum commentariis Accursii, Scholiis Contii, et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium, Lugduni (Lyon), 1627.

Estatutos hechos por la muy insigne Universidad de Salamanca, Salamanca, en casa de Juan Maria de Terranova, 1565.

KRÜGER, P. et MOMMSEN, Th., *Corpus iuris civilis*, editio stereotypa, Berlín, 1963.

PALAFIX Y MENDOZA, Juan de, *Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México*, 2ª ed., México, Imprenta de D. Felipe de Zúñiga y Ontiveros, 1775.

Serie Universidad, Archivo General de la Nación, vol. 277 (segunda parte), ff. 370 bis, 385, 520; vol. 278, f. 176.

Estudios

- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- DA ROCHA WANDERLEY, Marcelo, “Si saben ustedes de los méritos. Escritura, carreras de abogados y redes personales en Nueva España (1590-1700)”, en *Carrera, linaje y patronazgo: clérigos y juristas en Nueva España, Chile y Perú (siglos XVI-XVII)*, Rodolfo Aguirre Salvador (coord.), México, Plaza y Valdés, Centro de Estudios Sobre la Universidad, UNAM, 2004, pp. 177-237.
- GONZÁLEZ GALLARDO, María Fernanda, “Una tesis novohispana de 1668 sobre decuriones y regidores: texto, traducción y comentarios”, *Nova Tellus*, 32-2, 2015, pp. 291-307.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Enrique, *Proyecto de estatutos ordenados por el virrey Cerralvo (1626)*, (La Real Universidad de México. Estudios y textos, III), México, Centro de Estudios sobre la Universidad, UNAM, 1991.
- JIMÉNEZ RUEDA, Julio, *Las Constituciones de la Antigua Universidad*, México, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM, 1951.
- NOLASCO DE LLANO, Pedro, *Cuarto Comentario a la Ley LXXIX de Toro*. Madrid, MDCCLXXXV, Valladolid, Lex Nova, 1981.
- RAMÍREZ, Clara Inés “Dos universidades del siglo XVI: Salamanca y México. Perspectivas de investigación”, Enrique González González y Leticia Pérez Puente (coords.), en *Colegios y universidades I. Del antiguo régimen al liberalismo*, Centro de Estudios sobre la Universidad, UNAM, 2001, pp. 39-58.
- RODRÍGUEZ VELASCO, Jesús D., “El *Tractatus de insigniis et armis* de Bartolo y su influencia en Europa (con la edición de una traducción castellana cuatrocentista)”, en *Emblemata*, 2, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Fundación Pública de la Diputación de Zaragoza, 1996, pp. 35-70.

Tesis

- GONZÁLEZ GALLARDO, María Fernanda, *Las tesis de licenciados y doctores en Leyes de la Real Universidad de México en el siglo XVII: “Código”*, tesis inédita de Maestría en Letras (Letras Clásicas), Universidad Nacional Autónoma de México, mayo, 2014.

Diccionarios y enciclopedias

ALONSO, Martín, *Enciclopedia del Idioma*, México, Aguilar Editor, 1988.

BERGER, Adolph, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1980.

Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., Madrid, RAE, 2001.

EL ASESOR LETRADO: FACTOR DE ENLACE
EN LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO
CANÓNICO EN LAS DOS REPÚBLICAS INDIANAS
(GARANTE DE LA LEGALIDAD, DEL ARBITRIO
JUDICIAL, DE LA INTERPRETACIÓN
LEGISLATIVA, DE LA MOTIVACIÓN
Y LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL)

Adriana LÓPEZ LEDESMA*
María Elizabeth LÓPEZ LEDESMA**
Alejandro SÁNCHEZ LÓPEZ***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Del derecho romano al derecho castellano.* III. *Del derecho castellano al derecho indiano: su aplicación en la práctica judicial de la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí de la Nueva España.* IV. *Dictámenes rendidos por los asesores letrados en causas criminales potosinas: ejemplos modelo.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La institución procesal castellana e indiana vinculada a la *sentencia* y a su *motivación* es el *asesor letrado*; figura jurídica factor, en quien se deposita la responsabilidad de hacer efectiva la legalidad indiana en el servicio de la justicia y por ende, la seguridad y certeza jurídica. Queda en sus manos la interpretación legislativa; la expresión de la argumentación jurídica; controlando, asimismo,

* Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones. Doctorado en Historia de la Administración de Justicia Española.

** Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Dra. en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III, Madrid.

*** Magistrado del Décimo Cuarto Circuito en Materia Civil del Poder Judicial de la Federación.

el ejercicio del arbitrio judicial en el proceso, mediante la supervisión y consejo jurídico que aporta al *juez lego*, a la autoridad jurisdiccional superior o a los litigantes que le soliciten su asesoría, en cualquier fase procesal.

La idea que predomina aún en el presente siglo sobre la administración de justicia en la Nueva España es la de: un abuso cotidiano por parte de la corona española y por ende, de los tribunales de justicia indiana hacia los litigantes socialmente desvalidos: indígenas y no indígenas —mestizos, negros, castas, menores de edad, ancianos, mujeres, enfermos, pobres, o con capacidades disminuidas. Asimismo, se critica negativamente la ausencia de toda motivación y fundamentación en las sentencias, lo que conduce a la inobservancia de toda legalidad en las resoluciones judiciales; siendo el juzgador indiano el que resuelve con plena libertad conforme a su arbitrio personal¹ no reglado.

Por otro lado, la representación procesal de las personas desvalidas ante los tribunales novohispanos es íntegra, ya que cubre a los diferentes colectivos sociales: el *defensor general de los naturales*, los *defensores de oficio*, el *curador ad litem* para los menores y los ancianos, el *procurador de los ciudadanos*; el *procurador de pobres*, el fiscal de la Real Audiencia. Todos ellos con la encomienda de la representación y defensa procesal ante el juez. Sin embargo la institución que evaluará su actuación de tutela acometida a través de todo el procedimiento, sus pruebas aportadas, los alegatos, los motivos y el fundamento de sus actuaciones en cada fase procesal es: el *asesor letrado* en el proyecto de sentencia, el que en un elevado índice es ratificado por los jueces sin modificación alguna.

Es por lo tanto el instrumento que formaliza judicialmente y lleva a su ejecución en el ámbito procesal, la recepción del derecho romano en Castilla e Indias.

Sin embargo, resulta incompleto el análisis de la decisión judicial en la sentencia, sin proceder al estudio de la actuación del *asesor letrado* prevista en la legislación, en la doctrina de los prácticos del derecho y en la praxis judicial indiana. Se tratan los temas contenidos en su regulación jurídica en Castilla e Indias relativos: a su nombramiento; a sus facultades; a la ética en sus funciones; a la responsabilidad en que puede incurrir; a las instituciones de control; a los casos de su recusación o excusa; al pago de sus asesorías; así como, a la destacada labor humanitaria que desarrolla en favor de los reos pobres y desvalidos.

¹ Margadant, Guillermo F., “Los pobres indios, ¿cientos de la justicia novohispana! ¿Correcto o falso? Un interesante litigio sobre aguas del río de Querétaro, de 1758 a 1763”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, 1996, vol. VIII, pp. 283-308.

La más importante aportación científica sobre el tema de los *Asesores Letrados* en Castilla se debe al investigador español Pedro Ortego Gil: *La Justicia letrada mediata: los asesores letrados*.² En ella, procede al análisis de esta institución en Galicia. Con el apoyo en fuentes documentales de ese archivo gallego, efectúa un análisis muy completo sobre: la legislación castellana; la aportación de los prácticos del derecho español, así como, de los principales juristas de la época. Reconstruye el pasado jurídico de esta institución en el derecho romano y en el derecho común que es materia de recepción en España. Hace énfasis en la intervención del *asesor letrado* en la administración de justicia gallega, legando al historiador del derecho un material muy valioso que permite, a su vez, el análisis integral del funcionamiento de esta institución en las Indias, ya que hace posible comparar los pleitos criminales, en el caso, de la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí en la Nueva España, con la práctica judicial que nos aporta en su trabajo de investigación.

Se centra este trabajo en un estudio documental bibliográfico y de archivo que analiza la institución del *asesor letrado* a través de los temas que se refieren a: 1) El objetivo de la institución: evitar el ejercicio de un *arbitrio no reglado* garantizando la legalidad y la observancia del derecho real; 2) Su marco legislativo: el derecho romano; el derecho común; las Leyes de Partidas —las que marcan los principios de la asesoría letrada—; 3) La ética de los asesores: y su regulación por las Partidas y el derecho común; 4) Las clases de asesores: por *arte* y por *uso*; 5). Los requisitos morales en su nombramiento, propuestos por los prácticos del derecho: Villanova y Mañés³ —sabio, fiel, leal y de toda probidad—; Castillo de Bobadilla,⁴ sugiere la nulidad de sentencias que no sigan el consejo del asesor, salvo si son injustas; 6) La obligatoriedad del dictamen y los casos en que el asesor posee jurisdicción; 7) Los efectos de su intervención al conducir al juez a un arbitrio tasado: la economía procesal, aunque no económica, pues es más gravosa que la impartida por un juez; 8) Su nombramiento: ¿quién lo debe

² *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, vol. XXII, 2010, 46 pp. Trabajo que forma parte del proyecto de investigación *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen*, financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2008-03223/JURI). Reino de España.

³ Villanova y Mañés, Senén, *Materia Criminal forense o Tratados universal teórico y práctico del delito y los delincuentes*, Madrid, 1827, t. II, Observación X, n° VII.

⁴ Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra y para Iuezes eclesiásticos y seglares y de sacas, aduanas y de residencias y sus Oficiales y para Regidores y Abogados y del valor de los corregimientos y Governos realengos y de las Ordenes*, Madrid, 1640 (primera edición 1597), Lib. I, Cap. n° 12, n° 57.

nombrar?⁹ A instancia del juez, de las partes o una autoridad superior; 9) Las excusas y recusaciones, e incluye al respecto: las opiniones doctrinales de Juan y Colom⁵, Villanova⁶, Hevia Bolaños,⁷ Vizcaíno Pérez,⁸ Álvarez Posadilla;⁹ 10) La intervención en el procedimiento: la fase procesal y las opiniones de Juan y Colom, Villanova y Mañés; 11) Los tipos de asesoría, por escribano y letrado; y las opiniones de Silvestre Martínez,¹⁰ Juan y Colom; 12) La decisión del juez y el dictamen del asesor, su acatamiento o desacato, fundamentado en: Las Partidas, alguna otra legislación real, y la doctrina expuesta por Villanova, Dou Bassols,¹¹ Castillo de Bobadilla;¹² 13) El pago a los asesores; 14) La responsabilidad del asesor letrado, visto en el derecho castellano, Indiano y bajo la doctrina de Castillo de Bobadilla; 15) Su formación profesional; 16) El problema de los asesores letrados insuficientes en número.

Y dentro de estos puntos específicos de análisis. Destaca en este tema: El *principio de presunción de la legalidad de la sentencia* en los procesos donde interviene éste; así como, *el principio de la no necesaria validez de la sentencia* en donde él intervenga. El primero, avala favorablemente el panorama procesal indiano sobre la motivación implícita o no expresa en una sentencia, la que no conlleva por ello y necesariamente su injusticia, pues la legalidad y la justicia de la decisión judicial definitiva, queda suficientemente tutelada con la asesoría letrada y con el juicio de un *juzgador lego*, que imparte justicia fundamentalmente conforme a un arbitrio prudente, equitativo, lógico y sustentado en valores.¹³

⁵ Juan y Colom, *Instrucción de Escribanos, en orden a lo judicial*, Madrid, 1769

⁶ Villanova y Mañés, *op. cit.*

⁷ *Curia Filípica*, Madrid, 1825, t. I y II.

⁸ *Código y Práctica criminal, arreglado a las leyes de España*, Madrid, 1797.

⁹ *Práctica criminal, por principios ó modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Primera parte, Madrid, 1792.

¹⁰ *Librería de Jueces, Utilísima y Universal*, t. VII, Tít. XVIII y XIX, Madrid, 1774, pp. 79 a 88.

¹¹ *Instituciones de Derecho público*, t. II, libro I, tit. 9, sección 6, p. 112.

¹² Castillo de Bobadilla, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra y para Iuezes eclesiásticos y seglares y de sacas, aduanas y de residencias y sus Oficiales y para Regidores y Abogados y del valor de los corregimientos y Gobiernos realengos y de las Ordenes*, 1640, t. II, LÍd., III, Cap. 15, n° 46

¹³ López Ledesma, Adriana, “El arbitrio judicial y la determinación de las penas en el delito de homicidio: legalidad o justicia en la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí, 1695-1765”, en *El arbitrio judicial*, (Investigador principal José Sánchez Arcilla Bernal, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 263-326.

No puede hablarse de un íntegro respeto al derecho de legalidad indiano en una administración de justicia que se deja en manos de *jueces legos*, sin la presencia del *asesor letrado*, cuya intervención da efectividad a la justicia en Indias.

Queda bajo la responsabilidad del *asesor letrado*: la aplicación e interpretación de la legislación real al caso concreto; la motivación de la sentencia, aportando los razonamientos lógico-jurídicos y morales, que justificarán su decisión y conformarán la argumentación jurídica y moral, en su caso y por ende, la determinación sobre el ejercicio del arbitrio judicial, de sus límites y extensión.¹⁴

La aportación bibliográfica en Latinoamérica y en España sobre la *asesoría letrada*, elaborada hasta hoy sobre este tema es mínima,¹⁵ si se toma como medida el papel trascendente que desarrolla esta Institución, entre otros: otorga vigencia al derecho romano-canónico en Castilla e indias a través de su traslado a las decisiones judiciales, pues los convierte a ambos sistemas romano y canónico en la fuente legal de sus fallos y autos definitivos.

Se somete la praxis judicial criminal potosina al estudio comparado con la legislación castellana —Fuero Juzgo, las Leyes de Partidas, receptoras de la tradición del derecho romano—, así como con la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680; diversas Ordenanzas, Reglamentos, leyes, *Autos Acordados* y bandos indianos. Así como con las Ordenanzas de Montalvo y a la Nueva Recopilación Castellana.

Se analizan 40 causas criminales —y documentos de archivo relevantes para el procedimiento penal—, suscitadas en dicha Alcaldía Mayor potosina, en el período 1600 a 1786, las que forman parte actualmente de uno de los acervos del Archivo Histórico del Estado de San Luis Potosí, México.

¹⁴ Consúltese la reciente obra colectiva y especializada en el tema: “El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen (España e Indias, siglos XVI-XVIII...”, *op. cit.*

¹⁵ Mariluz Urquijo, José María, “El asesor letrado del Virreinato del Río de la Plata”, *Revista de Historia del derecho*, Madrid, núm. 3, 1975, pp. 165-228 y, “El asesor letrado del alcalde en el Virreinato del Río de la Plata”, *Actas y Estudios. XI Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, t. II, pp. 381-403. Yanzi Ferreira, Ramón Pedro, “El asesor letrado en Córdoba del Tucumán. Un estudio de la jurisprudencia del siglo XVIII”, *Actas del X Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 1995, pp. 1725-1750. De España González Fernández, Xoán Miguel, “Sentencia conforme a derecho: la actividad de asesores letrados en el juzgado local de Bouzas” (1740-1820)”, *Castrelos*, núm. 7/8, 1994/1995, pp. 253-264, reproducidas en *La conflictividad judicial ordinaria en la Galicia atlántica. Bouzas y otros juzgados gallegos del siglo XVIII*, Vigo, Instituto de Estudios Vigueeses, (1997), en particular, pp. 157-166. Cerro Nargáñez, Rafael, “Sociología profesional de una élite letrada: los alcaldes mayores de Tortosa (1709-1808)”, *Pedralbes*, núm. 23, 2003, pp. 263-282.

II. DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO CASTELLANO

Los magistrados romanos, que no son juristas, se asisten de jurisconsultos cuando ejercitan su *iurisdictio*, pues requieren indiscutiblemente de sus conocimientos jurídicos para la tramitación y decisión justa y conforme a derecho de las causas ante los tribunales.

Desde la antigüedad existieron oficios a los que se les atribuye la función de juzgar, aun cuando sus titulares no conocieran las disposiciones que debían aplicar en la resolución de los litigios. Como solución a esta ausencia y desde el derecho romano, los jueces fueron asistidos por asesores o consultores, que eran jurisperitos y, por tanto, conocían y dominaban las normas por las que se regía el proceso y su resolución.

La recepción del *ius commune* justifica esta forma de resolver las causas por quienes, no teniendo *iurisdictio*, sin embargo elaboraban el fallo que habrían de pronunciar los jueces. Se trata de eliminar, por un lado, el libre arbitrio judicial altomedieval y, por otro, imponer el derecho real a través de la vía judicial.

Su denominación varía con el tiempo. Durante la vigencia del derecho consuetudinario, no reciben nombre específico y es suficiente convocar a un número amplio de *hombres sabios y probos* del lugar; o bien como acontece posteriormente, las leyes romanas se refieren a los *sabidores*.¹⁶

Las Leyes de Partidas del rey Alfonso X, *El Sabio*, menciona a los *consejeros*, término que hace alusión a la función que le es inherente de aconsejar.¹⁷ Contienen los principios conforme a los cuales se implanta la asesoría

¹⁶ D.1,22 “*De officio assessorum*” y C.1,51 “*De assessoribus, et domesticis et cancellarius iudicum*”.

¹⁷ Ley de Partidas 3,21,1: “Consejo es buen antreveymiento que orne toma sobre las cosas dubdosas porque non pueda caer en yerro. E deven mucho catar el consejo ante que lo den aquellos a quien es demanado... E nasce gran pro del consejo quando es bien catado e lo dan derechamente e en su tiempo. Ca por el delibran, e fazen los ornes las cosas más en cierto, e mas seguramente, e con razón, e guardasen mejor de los peligros que los podrían venir, e non traen su hazienda a las aventuras, e si le viniere ende bien gánalo con derecho. E si por aventura le acaeciesen algunos peligros, e algunos daños non le vernia por su culpa, e escusase por ende quanto a Dios, e a los ornes”. Cito por *Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555 (edición facsimilar, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 1999).

3,21,2: “...que los consejeros sean sabidores de los aconsejar por arte o por uso, e los consejeros deven ser ornes entendidos, de buena fama, e sin sospecha, e sin mala cobdicia. E por ende los judgadores ante que den su juyzio deven tomar consejo con tales ornes en esta manera, diciendo primeramente a las partes fazemos vos saber que queremos aver consejo sobre vuestro pleito. Onde si vos avedes por sospechosos algunos ornes sabidores desta villa, o desta corte, dádnoslo por escrito e después que gelos ovieren dados escritos deve tomar el

letrada en las Indias, procediendo a su adaptación legislativa: de la realidad romana a la castellana y de ésta a la de las Indias. Coinciden en su objetivo esencial, pero se modifica en cuanto a: la elección, pago de emolumentos, facultades que implican restricciones y limitaciones a los jueces legos y que hacen factible una mayor intervención del consejero para que actúasen con los alcaldes ordinarios de los municipios que generalmente eran legos y elegidos por los vecinos de entre ellos mismos; no sabían leer ni escribir, menos aún, conocerían los principios del derecho romano-canónico. Este contexto de complejidad obliga a la *República* a instaurar una institución de expertos jurídicos para que las Sentencias se pronunciaran conforme a la legislación vigente, controlando, asimismo un ejercicio desmedido del arbitrio judicial.

III. DEL DERECHO CASTELLANO AL DERECHO INDIANO: SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LA ALCALDÍA MAYOR DE SAN LUIS POTOSÍ DE LA NUEVA ESPAÑA

La *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* no contiene disposiciones legales que regulen a esta institución; de manera que en esta materia se aplica supletoriamente el derecho castellano. Igual panorama presentan los formularios forenses indianos novohispanos: *Libro de los Principales rudimentos y Formulario de causas criminales*.¹⁸

Se hace énfasis en la responsabilidad judicial a la que queda sujeto el *asesor letrado* por sus servicios, así como, en su ética profesional; en virtud de constituir estos aspectos, un aval a la motivación no expresa de las sentencias indianas, que afianzan la legalidad del procedimiento y la justicia impartida en las decisiones judiciales, ante todo, cuando interviene el asesor a través de su consejo judicial.

judgador que ha de juzgar el pleito, uno, o dos de los otros que sean sin sospecha e mandar a ambas las partes que vengan ante-llos, e recuenten todo el pleyto de cómo paso, e muestren e razonen ante aquellos consejeros aquellas razones que más entendieren, que les ayudarán. E después que ovieren recontado, e mostrado todas sus razones e sus derechos deven los consejeros fazer escrevir en poridad su consejo, se-gund entendieren que lo deven fazer derechamente catando todavía el fecho, e las razones que las partes razonaron, e mostraron antellos, e de si darlo al judgador que ha de librar aquel pleyto, e los juezes deven formar su juyzio en aquella manera que el consejo les fue dado, si entendieren que es bueno, e de si emplazar las partes, e dar su sentencia”.

¹⁸ Cutter, Charles, *Libro de los principales rudimentos tocante a todos los juicios, criminal, civil y ejecutivo*, (dic. Facsimilar), México, UNAM, 1994. Susana García León, “Un formulario de causas criminales de la Nueva España”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, núm. 9, 1997.

Los *asesores letrados*, concurren al proceso —justicia inferior— ya sea a petición: del juez de la causa; de los litigantes, o de uno de ellos;¹⁹ así como, de la autoridad judicial de jerarquía superior. Imprimen al procedimiento la presunción de su legalidad por lo que se refiere a la *forma* y al *fondo* de la causa.²⁰ Por regla general, el juzgador en la Alcaldía Mayor potosina no es un perito en derecho; su cargo administrativo-político-militar, le exige mas bien ser de *capa y espada* por ser territorio de pacificación, civilización y evangelización de indígenas Chichimecas; es decir, debe ser versado en asuntos militares, lo que le incapacita profesionalmente para entrar al estudio jurídico de un proceso, ante todo, en las causas criminales graves, por contener *puntos de derecho*:²¹

...dijo que habiendolo como da por conclusa esta dicha causa por estar sus terminos pasados y atendiendo a que su determinacion consiste en puntos de derecho la remitía y remitió al licenciado don Felipe Bravo de Arevalo y Agüero Abogado de la Real Audiencia de esta Nueva España y Residente en esta Ciudad, con ocho pesos de asesoria para que la vea y determine como hallare por derecho y lo firmo.

El derecho indiano celoso de la legalidad procesal, pero al mismo tiempo, con predominio de una motivación implícita o no expresa en sus sentencias, colma esta laguna con el nombramiento de profesionales peritos en derecho, formados en la Real y Pontificia Universidad de México, con título legalmente expedido y además, con licencia especial concedida por la Real Audiencia de la Ciudad de México, denominándoseles oficialmente *Asesores Letrados de la Real Audiencia de México*. Son profesionales especializados en el derecho romano, en el derecho canónico y en el derecho real; poseen la experiencia judicial que deriva de su actuación ante los tribunales superiores y en el asesoramiento que también proporcionan a los particulares litigantes.

Se identifican doctrinalmente varias clases de asesores letrados; Villanova y Manés distingue a: a) *Los ordinarios*, nombrados por los alcaldes ordinarios o añales; b) *los asuntos*: se subrogan en lugar de los ordinarios, por recu-

¹⁹ AHESLP. FAM, 22 de febrero de 1744, 32f, exp. 537; delito de heridas en una garita pública, vida disipada con faltas de respeto al cura. El asesor letrado se excusa del nombramiento porque el reo lo había recusado en otro procedimiento anterior. Al nuevo asesor lo nombra el reo.

²⁰ Pedro Ortego Gil, *op. cit.*, "...puesto que existía en favor de los dictámenes de los asesores la presunción o indicio de estar más sujetos a derecho que las decisiones que no cumplieren con este requisito". "El dictamen del asesor no era condición *sine qua non* para la validez del fallo, pero sí una presunción favorable para ello".

²¹ *Idem*.

sación o en defecto de éstos. El práctico castellano Guardiola propone a: a) *los necesarios*: los nombrados por el rey, o los alcalde mayores en donde hay corregidor; b) *los voluntarios*: los nombrados potestativamente por el juez. En la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí, corresponden en esta clasificación a *los ordinarios y a los voluntarios*. Se ha encontrado sólo un pleito en donde comparece un *asesor asunto* al no conformarse alcalde mayor con el dictamen del asesor, en vista de la fuga del reo y la comisión de otros delitos, remitiéndolo a otro nuevo asesor.²²

¿Cómo es su nombramiento en esta Alcaldía? Son propuestos generalmente por el juez,²³ y, excepcionalmente, por ambos litigantes, o por uno de ellos²⁴ en el menor número de los procesos. Asimismo puede ordenar su nombramiento una autoridad superior como la Real Audiencia cuando resuelve sobre una apelación.²⁵ Si es nombrado por el juez, éste remite a las partes el nombramiento para su aceptación, o, su no aceptación, en el acto de la notificación. En el primer caso, el juez manda los autos al asesor designado para que emita su dictamen, remitiendo también el pago de la asesoría. En el caso de su no aceptación por una de las partes o ambas, se nombra nuevo asesor, a propuesta del juez o de las partes; aceptada la consulta por el nuevo asesor, se continúa con la remisión de los autos para que formule la asesoría. Si no se acepta nuevamente, se elige a un tercero, por el juez o por las partes, siendo ésta la última oportunidad de nombramiento, ya que un cuarto nombramiento no es posible, al igual que sucede en Galicia. No se presenta ningún caso en San Luis Potosí, en donde ocurra este último supuesto.

²² AHESLP. FAM, 11 de julio de 1712, 28f, exp. 479B; amenazas con arma prohibida a sacerdote por un indígena e intento de fuga. Sentencia condenatoria en 1ª instancia; con pena agravada en la 2ª Instancia por la tentativa en la huida del reo: "...Habiendo visto este parecer y sentencia que ha dado el Lic. Don Antonio de Ruíz abogado de la Real Audiencia de esta Nueva España y vecino de esta Ciudad y no conformándose como su merced no se conforma con el parecer mediante el desacato que el reo contenido en estos autos como tambien la fuga que intento hacer por cuyas razones no se conforma con el parecer y remitia su merced esta causa al Lic. Don Joseph Saézn de Escobar Abogado de la Real Audiencia de la Nueva España y vecino de la Ciudad de México..." Se le asigna nuevo pago de seis pesos.

²³ AHESLP. FAM, 16 de agosto de 1760, leg. 2.6, exp. 614; sentencia conciliatoria con reparación del daño y medidas re-educativas. Causas y circunstancias que disminuyen la pena: menor de edad, prisión, misericordia, confesión espontánea y pobreza del reo" "... al Lic. Don Isidro Verdugo, Abogado de la Real Audiencia de esos reinos y vecino de esta ciudad con dos pesos de asesoría que su merced exhibe de su bolsillo..."

²⁴ AHSLP. FAM, 1 de Diciembre, 1751 13f, exp. 576; delito de robo de alhajas en despoblado de español contra indígena. *El querellante paga, pues fue a su solicitud.*

²⁵ AHESLP. FAM, 24 de enero de 1747, 3, exp. 821, delito de homicidio; fallo de 2ª instancia en apelación, revocatorio de la pena, la que se aumenta. La Real Audiencia determina que son obligatorias las consultas a sus asesores letrado por los jueces de su contratación.

Se identifica, por lo tanto, un período en la historia jurídica potosina, en donde no aparece en los procesos la notificación sobre la designación y el parecer, ya sea de ambas partes, o de una de ellas:²⁶ 1648-1686. Posteriormente a este año, se comienza a dejar constancia en los procesos de esta diligencia.

Contra la práctica observada en algunos reinos de España, en los que el asesor acepta y jura el cargo, aun cuando no existe disposición legislativa alguna que lo prevea, sino solo la costumbre; en San Luis Potosí, el cargo no se jura, sino sólo se acepta o no se acepta por el asesor letrado y en su caso, se excusa del nombramiento. Lo mismo acontece en Madrid y Galicia.²⁷

En la Nueva España, los asesores letrados residen en los diversos corregimientos, alcaldías mayores o provincias, y no solamente en la Ciudad de México, de tal suerte que en varias de las poblaciones novohispanas, residen y se desempeñan profesionalmente estos peritos en Derecho. La documentación criminal consultada los ubica en: San Luis Potosí y en algunos de los Pueblos o Valles de su jurisdicción: Valle de San Francisco, Río Verde; asimismo, fuera de ella en Querétaro, Celaya; Santiago de Guerrero; Guadalajara; y en la Ciudad de México; de tal manera que cuando el juzgador requiere de sus servicios, acude al que se encuentra asignado a la ciudad de San Luis Potosí y en su defecto, fuera de ella pero dentro de su jurisdicción; sólo en los casos de impedimento para aceptar el cargo, por excusa, o por la negativa de las partes en su nombramiento y no haber otro en ella, el juez recurre a solicitar la intervención de un asesor letrado adscrito a cualesquier otra población, de preferencia, el más cercano para evitar dilaciones procesales y mayores gastos.²⁸

²⁶ AHESLP. FAM, 26 de agosto de 1686, leg. 2, 11f, exp. 46; sólo se remite al reo y éste paga la asesoría.

²⁷ Juan y Colom, presenta el caso de Valencia, en donde el nombramiento implica la aceptación y el juramento; pero en Madrid y Galicia, esta costumbre no se aplica. Pedro Ortego Gil, "Los asesores letrados...", *cit.*, p. 450.

²⁸ "...para proceder en justicia mando su merced se remitan por consulta al Licenciado Don José Manuel Lozano de la Peña vecino del Valle de San Francisco para que exponga el destino que debe darse al reo segun el merito de esta sumaria, o lo que corresponda a justicia exhibiendo por ahora y con reserva del suyo la parte postulante el honorario correspondiente al asesor entendiendose la remision con previa citacion del reo y auencia del demandante...", (En Alcaldía Mayor de San Luis Potosí: Valle de San Francisco, AHESLP. AHESLP. FAM, 31 de agosto de 1780, leg. 2, 9f, exp. 686; robo de géneros y abuso de Río Verde, "... dijo que mandaba y mando se remitan al lic. Don Joseph Manuel Mercado Abogado de la Real Audiencia de la Nueva España y residente en el pueblo de Rioverde, citando previamente al Capitan Don Salvador Palau, y al reo exhibiendo el primero lo correspondiente a asesoría proveyolo así su merced lo mando y firmo ante mi doy fe..."

De Celaya: AHESLP. FAM, 18 de abril de 1659, leg. 2, 15f, exp. 289.

De Ciudad de México: *Idem*, 11 de julio de 1712, 28f, exp. 479B.

De Guadalajara: AHESLP. Id., 7 de julio de 1766, leg. 2, 21f, exp. 637.

Se presenta en San Luis Potosí el caso del nombramiento de un asesor letrado por el juez, la excusa de éste y el nombramiento de uno nuevo residente en la Ciudad de Querétaro. Sin embargo, el reo no lo acepta; a pesar de ello, el juez lo ratifica.²⁹ La carencia de suficientes profesionales jurídicos seguramente obligaba al juez a imponer su criterio, pues menor es su responsabilidad pronunciando su sentencia con una asesoría, que tendrá además la presunción de legalidad, que dictarla sin ella, por no serle factible encontrar a otro nuevo asesor.

La asesoría debe ser retribuida y el pago se sujeta a las siguientes reglas, que aporta el profesor Ortego Gil, fundamentado en las Leyes de Partidas, en la doctrina y en la práctica judicial que se observa en Galicia:³⁰ 1ª Sólo los *jueces legos* no asalariados pueden solicitar el pago a las partes; 2ª los jueces letrados asalariados o no, carecen del derecho a percibir asesorías, sólo los derechos del arancel; 3ª si ambos litigantes piden la asesoría, pagan mancomunadamente; 4ª si el juez solicita la asesoría de oficio, en causa dudosa, pagan ambas partes mancomunadamente, pero en la práctica sólo queda a cargo del acusado o reo; 5ª si la solicitud proviene, de una de las partes, ésta cubre el total; 6ª al juez le corresponde establecer el monto de la retribución de acuerdo a la participación del asesor sin que se haya encontrado un criterio legal definido.

En coincidencia con la práctica judicial gallega, en la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí, se encuentra que el pago al asesor letrado proviene: a) del reo o reos, en la mayor parte de las causas;³¹ b) de ambas partes³² o de

De Querétaro: *Id.*, 23 de enero de 1780, 8f, exp. 682.

De Zacatecas: *Id.*, 25 de abril de 1752, 21f, exp. 578.

De Santiago de Guerrero, *Idem*, 25 de marzo de 1757, 31f, exp. 594: "...Lic. Don Manuel Rodríguez Calvo, Abogado de la Real Audiencia, de este reino y vecino de la ciudad de Santiago de Guerrero para su determinación..."

²⁹ AHESLP. FAM, 23 de enero de 1780, 8f, exp. 682: "...Su merced el Sr. Juez vista la respuesta dada por el reo Espadas; mando que sin embargo de su no-conformidad corra la remisión mandada hacer de estos autos al Lic. Don Manuel Mendiola, quien... examinara lo que sea conforme a derecho así su merced lo proveyo mando y firmo".

³⁰ Leyes de Partidas. 3, 21, 3. Pedro Ortego Gil, "Los asesores letrados...", *cit.*, pp. 471, 472, 473.

³¹ AHESLP. 22 de julio de 1752, 9f, exp. 779; sevicia y malos tratos entre esposos españoles; y adulterio con indígena. Consulta por el juez al asesor sobre la procedencia de la libertad bajo fianza; pagando el reo la consulta. *Idem*, 19 de octubre de 1759, leg. 2. exp. 609; hurto de ganado; españoles e indígenas querellantes. El juez paga y en la sentencia se le hace cargo al reo.

³² AHESLP. FAM, 19 de octubre de 1667, 24f, exp. 192. *Idem*, 5 de agosto de 1670, 7f, exp. 166; robo de bestia (mula); indígena contra vecino de Aguascalientes.

alguna de ellas, si la otra no cuenta con recursos;³³ c) del *bolsillo* del juez cuando el reo es pobre o cuando trata de evitar dilaciones;³⁴ d) el perdón del pago por el mismo asesor, en caso de pobreza del reo.³⁵

El nombramiento generalmente se presenta de oficio del juez y por excepción, lo nombra alguna de las partes.³⁶

Pero ¿qué criterio sigue el juez para determinar el monto de la asesoría? Al igual que en Castilla, nada se dice legislativamente sobre este tema en las Indias. Sin embargo se ha encontrado un razonamiento judicial contenido en una causa criminal que orienta sobre su monto:³⁷ “...*regulada a dos reales foja, según la calidad de los reos, que por ahora exhibe su merced de su bolsillo...*”, los reos son indígenas pobres. Y en este pleito el asesor letrado, además, no cobra a los reos por su pobreza.

El asesor letrado puede excusarse del cargo o ser recusado por las partes.³⁸ En la alcaldía potosina sólo se ha encontrado un caso de irresponsable

AHESLP. FAM, 23 de julio de 1761, leg. 2, 14f, exp. 620; abuso de autoridad indígena contra otras autoridades indígenas de Tlaxcalilla. Auto definitivo con pena atenuada por ser indígenas.

³³ AHESLP. FAM, 31 de agosto de 1780, leg. 2, 9f, exp. 686, en la que paga el querellante. AHESLP. FAM, 15 de mayo de 1669, 15f, exp. 171; delito de ocultamiento de mulato nacido de madre esclava, por el padre mulato libre. La otra parte es pobre y no puede pagar, cubre el precio la otra parte.

AHESLP. FAM, 18 de agosto de 1704, 20f, exp. 461; delito de robo de dinero, heridas y maltrato: cómplices con acumulación de delitos. Español contra indígenas reos. Sentencia absolutoria motivada. Al querellante pobre, se le exime de pago de la asesoría y se remite a los reos indígenas. Prima la calidad de víctima sobre: la culpabilidad y la calidad de indígena de los delincuentes.

³⁴ AHESLP. FAM, 11 de julio de 1712, 28f, exp. 479B. AHESLP. FAM, 9 de septiembre de 1758, leg. 2, 9f, exp. 604; falsificación de moneda, Real Justicia contra mujer y forasteros indígenas.

³⁵ AHESLP. FAM, 27 de julio de 1764, leg. 2, 32, exp. 630; Aplicación individualizada de la pena de acuerdo a la participación y calidad de los reos: “...y no tener estos pobres reos, con que soportar las costas de Asesoría...”

³⁶ AHESLP. FAM, 1 de diciembre, 1751, 13f, exp. 576; delito de robo de alhajas en despoblado de español contra indígena. El querellante paga, pues el solicitó la asesoría. Consúltese, Pedro Ortego Gil, *La justicia letrada mediata...*, cit, pp. 47, 48.

³⁷ AHESLP. FAM, 7 de julio de 1766, leg. 2, 21f, exp. 637; desacato por indígenas pobres a la autoridad en ronda y heridas recíprocas. Sentencia absolutoria motivada y fundamentada en leyes reales.

³⁸ El profesor Ortego Gil, reseña las obras de los prácticos del derecho que se abordan este tema, así como, los trabajos científicos más importantes que deben consultarse: “Vizcaino, Código y práctica criminal, libro III, p.145, “el juez puede nombrar asesor, y las partes recusar hasta tres cada una. Es referencia obligada, Garriga Acosta, Carlos, “*Contra iudiciū improbitatem remedia*. La recusación judicial, garantía de justicia en la Corona de Castilla”, *Initium*, 11, 2006, pp. 157-382. Juan y Colom, *Instrucción de escribanos*, p. 45, señalaba que la

abandono de la asesoría;³⁹ así como, dos casos de recusación presentadas por el reo al momento de notificarles la designación por el juez. En un primer pleito el asesor deja de actuar por más de dos meses;⁴⁰ y en la otra causa criminal acontece, la excusa del asesor letrado designado por el juez, en virtud de haber sido ya en otro procedimiento criminal recusado por el reo;⁴¹ activándose en ella la causa manifestada en la obra de Hevia Bolaños:⁴² el reo tiene por sospechoso al asesor.

Por lo que no fue práctica judicial cotidiana en San Luis Potosí la actuación irresponsable de estos asesores; a diferencia de las excusas que son más frecuentes.

En 1766, se prohíben las recusaciones vagas de asesores y también se prevé que no pueden exceder de tres,⁴³ para evitar la malicia de dilatar los procesos por los litigantes, o perseguir que se nombre a uno de su confianza “...sin dar lugar a la recusación del cuarto por evitar malicias y dilaciones”.⁴⁴

La excusa es otro motivo que presenta el asesor letrado para eximirse de la consulta judicial, ya sea que haya sido nombrado por el juez o por los litigantes. Puede plantearla al juez con motivo justificado o sin él⁴⁵. A continuación el juez admite o no la excusa; si la admite, restituye a las partes el pago de la asesoría para asignarla al nuevo asesor.

recusación del asesor se podía hacer sin expresar la causa, mientras que la del acompañado exigía manifestarla. Juan Álvarez Posadilla, *Práctica criminal por principios*. Madrid, Imprenta de la viuda de Ibarra, 1796, t. II, dialogo XXII, pp. 47-51”. Asimismo expone los principios que rigen la recusación a partir de quién prové el nombramiento de asesor.

³⁹ AHESLP. FAM, 13 de diciembre de 1657, leg. 3, 4, exp. 320; pago de deuda: “...y aunque pague la asesoría se fue sin determinarla atento a lo cual A Vuestra merced pido y suplico que atento a que pedi en tiempo se me despache la dicha carta de justicia y en caso de duda se remita a otro asesor...”

⁴⁰ AHESLP. FAM, 25 de mayo de 1654, 42f, exp. 258; delito de estupro y resistencia a la autoridad. Se recusa por el reo, y se nombra nuevo asesor letrado.

⁴¹ AHESLP. FAM, 22 de febrero de 1744, 32f, exp. 537; delito de heridas en una garita pública, vida disipada con faltas de respeto al cura. El asesor letrado se excusa del nombramiento porque el reo lo había recusado en otro procedimiento anterior; razón que le impide ser parcial.

⁴² Hevia Bolaños, *Curia Philipica*, (1ª ed. 1603), Madrid, 1767, t. I, p. I, & 18, p. 95, núm 5.

⁴³ AHESLP. FAM, 18 de abril de 1659, leg. 2, 15f, exp. 289; homicidio de cónyuge anciana por su marido anciano. El primer asesor se excusa; se nombra nuevo asesor, y a prevención, se nombra un tercero, por si el segundo también se excusa.

⁴⁴ Real Cédula de 27 de mayo, que se refunde en la N.R., 2, 11, 27.

⁴⁵ AHESLP. FAM, 18 de abril de 1659, leg. 2, 15f, exp. 289. *Idem.*, 25 de abril de 1752, 21f, exp. 578; homicidio de mujer indígena por indígena.

Los motivos que en la documentación potosina aparecen como causas de excusa, son: a) el quebranto de la salud;⁴⁶ b) el exceso de trabajo;⁴⁷ c) la posible parcialidad;⁴⁸ d) un impedimento insuperable o de fuerza mayor;⁴⁹ e) su recusación por el reo en otra causa criminal previa;⁵⁰ f) la inaceptación por el reo;⁵¹ g) la falta de capacitación profesional en materia penal.⁵² En algunos otros pleitos criminales no se especifica la causa de la excusa.⁵³

Asimismo, se presentan en esta Alcaldía Mayor, los casos del nombramiento del asesor letrado y su excusa; al nombrarse a otro, el juez se enfrenta a la inexistencia de profesionales en treinta leguas a la redonda; por lo que frente a esta situación el *juez lego* se ve obligado a recurrir: a consulta con

⁴⁶ AHESLP. FAM, 23 de enero de 1780, 8f, exp. 682: "...Mis ocupaciones varios asuntos y quebranto de salud me embarazan para poder hacerme cargo del despacho de esta causa, por tanto se servirá su merced su remisión a otro asesor".

⁴⁷ AHESLP. FAM, 31 de agosto de 1780, leg. 2, 9f, exp. 686.

Idem., FAM SLP. 7 de enero de 1759, exp. 606; homicidio de indio que tuvo adulterio con su esposa. Causa que excluye la pena. Fundamentación en Leyes de Partidas y N.R. de Castilla. Excusa del asesor letrado por encontrarse muy embarazado e impedido de despachar estos autos.

⁴⁸ AHESLP. FAM, 22 de febrero de 1744, 32f, exp. 537; El asesor presupone que no podrá ser imparcial con el reo, por haberlo recusado en otra causa.

⁴⁹ AHESLP. FAM, 18 de abril de 1659, leg. 2, 15f, exp. 289; homicidio en maltrato a su anciana mujer indígena por anciano esposo indígena. Fallo condenatorio. No se señala la causa de la excusa.

Inundación de la Ciudad y accidente: *Idem.*, 17 de mayo de 1780, 9f, exp. 685; hurto de animales, con desistimiento de las dos víctimas por reparación del daño. Consulta al asesor para determinar su prosecución de Oficio. Sin nuevo asesor. No se prosigue.

⁵⁰ AHESLP. FAM, 22 de febrero de 1744, 32f, exp. 537; el reo no lo acepta en una causa criminal previa a ésta; y, en ésta, es el asesor quien se excusa por haberlo recusado previamente el mismo reo.

⁵¹ AHESLP. FAM, 25 de mayo de 1645, leg. 1, 42f, exp. 258; delito de estupro y resistencia a la autoridad en la aprehensión con portación de arcabuz, arma prohibida; cometido por un negro esclavo.

El reo recusa al asesor letrado por no haber actuado en dos meses desde que se le nombra; y propone otro, el que es aceptado por el juez.

⁵² AHESLP. FAM, 31 de agosto DE 1780, Leg. 2, 9f, exp. 686; robo de géneros y abuso de confianza por alcahuetería, contra español menor de edad. Auto definitivo condenatorio en sumaria información: "...Señor General don Manuel Díaz Fernández, son mis negocios de otras naturalezas y aun de esta tales que no soy capaz de darles abasto y ni aun para hacerme cargo de estos autos tengo lugar por lo que suplico a Vtra. Merced se sirva haberme por excusado y remitirlo a otro asesor.

⁵³ AHESLP. FAM, 7 de julio de 1766, leg. 2, 21f, exp. 637; desacato por indígenas pobres a la autoridad en ronda y heridas recíprocas: "...pase estos autos al licenciado Don Diego Martín de la Campa Cos Abogado de las Reales Audiencias de estos Reynos, domiciliario del Obispado de Guadalajara, y residente en esta Ciudad, con la asesoría correspondiente..." No se dice expresamente la causa.

la Real Audiencia;⁵⁴ a nombrar nuevo asesor de otra jurisdicción de la Nueva España,⁵⁵ o bien, a sentenciar sin ellos para evitar dilaciones procesales.⁵⁶

Formulado el dictamen de sentencia por el asesor letrado y remitido al juzgador, éste en la mayor parte de los casos se limita a ratificar la decisión del asesor letrado en su totalidad,⁵⁷ a modificarlo o complementarlo en parte; o bien, a no aceptarlo. En este último caso surge la pregunta si en el derecho castellano: ¿es válida la sentencia de un juez *lego* que la dicte sin un asesor letrado, o que no acate la que él le ha sugerido? Las Leyes de Partidas,⁵⁸ establecen el principio general, distinguiéndose dos hipótesis: 1° Si las partes no hubiesen pedido la intervención, la sentencia es válida aunque no se pronuncie con el acuerdo del asesor letrado, siempre que sea justa y arreglada a derecho y sólo en caso de injusticia es nula; 2° si las partes pidiesen la intervención al juez y éste la dicta sin asesor, será nula, pues interfiere en la reparación del daño y va contra lo previsto en la Ley de Partidas.⁵⁹

Por lo que concierne a la fase procesal en que se solicita la asesoría letrada, puede serlo por el juez tanto en la sumaria información⁶⁰ como en el juicio

⁵⁴ AHESLP. FAM, 6 de diciembre de 1764, leg. 2, 12f, exp. 650; delito de homicidio con estaca, cometido por indígena anciano contra viandante varillero: en atención a la inopia que hay en esta ciudad de letrados seculares ha quienes consultar para dar y pronunciar sentencia.

⁵⁵ AHESLP. FAM, 7 de julio de 1766, leg. 2, 21f, exp. 637.

⁵⁶ AHESLP. FAM, 24 de noviembre de 1670, (anexo a la causa criminal de 27 de septiembre de 1683, 4f, exp. 167; heridas a un español con acumulación de causas. Sentencia condenatoria: "...por cuanto no haber en esta ciudad letrado asesor en esta ciudad y estar la cárcel pública de esta Ciudad con más de treinta personas presas...")

AHESLP. FAM, 23 de febrero de 1671, leg. 2, 10f, exp. 150: "...Como no hay asesor en treinta leguas a la redonda, el Juez de la causa advoca la decisión para sí, para no causar mas perjuicios y dilaciones a las partes. Manda: el fiador pague la deuda al demandante y exhiba el recibo en los Autos".

⁵⁷ AHESLP. FAM, 25 de abril de 1752, 21f, exp. 578; homicidio de mujer indígena por indígena. Fallo absolutorio: "...su merced el alcalde mayor juez de esta causa, habiendo visto el parecer de asesor letrado que antecede dijo se conformaba en todo y por todo con él..."

⁵⁸ Ley de Partidas. 3.22.24 y 25 y 3.21.1 y 2. En la Recopilación castellana 2.4, leyes 1.17 y 56. Sobre este aspecto, Pedro Ortego Gil, "La justicia letrada mediata...", *op. cit.*, pp. 467-471 cita la posición que asumen diversos juristas y prácticos del derecho: Dou Bassols, opina que el juez *lego* carece de la pericia necesaria; Villanova precisa la necesidad de su presencia en causas graves, aunque si el juez dicta sentencia justa, ésta debe ser válida; Castillo de Bobadilla reitera la validez de la sentencia dictada sin asesor si es justa y en causas leves y no intrincadas, pero no así en los casos dudosos, con probanzas, las que serán nulas aunque sean justas.

⁵⁹ 3,21, leyes 1 y 2.

⁶⁰ AHESLP. FAM, 1 de diciembre, 1751, 13f, exp. 576; delito de robo de alhajas en desdoblado de español contra indígena. Identidad del reo, confundido con otra persona. Auto definitivo absolutorio.

plenario,⁶¹ en la sentencia, que es la regla general, o después de pronunciada ésta para que determine si es procedente la apelación;⁶² sobre la ejecución de

AHESLP. FAM, 17 de mayo de 1655, leg. 2, 10, exp. 253; homicidio de autoridad indígena por cónyuges. Consulta al asesor letrado sobre las diligencias a practicar en la información sumaria. Sentencia absolutoria por inculpabilidad.

AHESLP. FAM, 1 de abril de 1655, 6f, exp. 254, homicidio, escándalo y armas prohibidas. Consulta del juez al asesor, el que determina la nulidad procesal por falta de la confesión del reo.

AHESLP. FAM, 27 de julio de 1672, exp. 138; abandono de esclava por su amo, pide su libertad. Consulta del juez al asesor, durante el proceso, para conseguir trabajo mientras ésta se encuentra sub-judice.

AHESLP. FAM, 10 de marzo de 1707, 4f, exp. 464B; delito de hurto de mujer indígena casada por un mestizo; presunción de reincidencia; orden de alejamiento con apercibimiento; fuga de reo.

AHESLP. FAM, 3 de Mayo 3 de 1707, 4f, exp. 468, concubinato de esclavo huído con doncella española menor. Auto definitivo con pena de destierro y separación de cuerpos. El asesor sugiere la conclusión del proceso en sumaria por estar confesos los reos.

AHESLP. FAM, 17 de febrero de 1744, 10f, exp. 536; abuso de autoridades indígenas en azotes a indígenas. Resultado: prueba plena, por provenir la declaración de una autoridad; auto definitivo condenatorio.

AHESLP. FAM, 18 de marzo de 1747, 10f, exp. 822; delito de robo y heridas en paraje. Español contra español. Auto definitivo absolutorio en juicio sumario.

AHESLP. FAM, 19 de octubre de 1759, leg. 2, exp. 609; hurto de ganado; españoles e indígenas querellantes. Testigo singular de cargo, sin valoración por el desistimiento del querellante, la confesión espontánea del reo y se satisface a la víctima la reparación del daño. Auto definitivo en Información Sumaria.

AHESLP. FAM, 23 de julio de 1761, leg. 2, 14f, exp. 620; abuso de autoridad indígena contra otras autoridades indígenas del Pueblo de Tlaxcalilla. Auto definitivo con pena atenuada por ser indígenas.

AHESLP. FAM, 11 de octubre de 1777, 16f, exp. 670 causa criminal por el delito de hurto de alhajas. Presunto responsable, el español don Antonio de Uturgay se enferma en la cárcel, pública; y para su traslado al hospital de San Juan de Dios, el juez consulta al asesor letrado, el que determina: se le exima de la fianza, por ser forastero y pobre, y primar la piedad del derecho sobre la norma jurídica que la exige.

⁶¹ AHESLP. FAM, 4 de Mayo de 1649, leg. 2, 11f, exp. 275; homicidio cometido con arma prohibida y ventaja; reo indígena contra español; fallo condenatorio con pena capital. Apelación contra el auto que señala el término de prueba. Fallo condenatoria con pena de muerte. No se especifica costo de la asesoría ni quién la debe pagar. Apelación contra fallo, improcedente por ser delito grave.

AHESLP. FAM, 11 de marzo de 1756, 17f, exp. 598; delito de portación de armas prohibidas en Bando; excepciones fundadas en la interpretación judicial que hace el asesor, la que se motiva en el destino que se da al arma: para cortar quesos y no el de agredir. Sentencia absolutoria.

⁶² AHESLP. FAM, 16 de diciembre de 1709, leg. 2, 2f, exp. 774; robo y heridas cometido contra español por indígenas. Fallo absolutorio: “Yncontinenti en dicha Ciudad yo el escribano; lei y notifique la sentencia de suso segun y como en ella se contiene a Domingo del Rio Defensor de Baltasar Gaspar y Marcos de la Cruz, en su persona que haviendolo oido y

la pena;⁶³ o bien, sobre alguna otra asesoría letrada necesaria en esta fase;⁶⁴ formulándole las consultas jurídicas sobre la tramitación de los procesos.⁶⁵

La ética profesional y personal de los *asesores letrados* se proyecta desde su elección, así como también, en el transcurso de sus actuaciones procesales, toda vez que sus dictámenes, además de atender con esmero y responsabilidad a la legalidad indiana, por otro lado, son también un ejemplo de valores y virtudes morales: de la *misericordia, de la piedad, y equidad*, que debe exteriorizar el oficial judicial en todo tiempo y espacio, hacia el social o físicamente desvalido, al desamparado, al indefenso, al pobre, el que a más de su situación precaria se ve involucrado en un proceso. Esta humanidad se manifiesta hasta en el pago que deben hacer las partes de la contienda por su intervención cuando son pobres.

Así, en el momento en que el juez les remite una causa para su asesoría, su intervención no es gratuita, debiendo las partes, sea el acusador o el acusado, o ambos, cubrir el costo de la consulta. Pero ocurre con mucha frecuencia que el mismo juez de la causa, manifiesta textualmente, cuando los sujetos litigantes carecen de recursos económicos, y en no pocos pleitos criminales:

...que para proceder de acuerdo a justicia, y de acuerdo al estado de los autos y por consulta de oficio hacia e hizo *remision de ellos* [al asesor letrado] al Lic. Joseph Joaquin Jimenez, asesor de la Real Audiencia de la Nueva España y Lugarteniente del pueblo de Santa Maria con dos pesos de asesoria que su merced exhibe de su bolsillo... [por la pobreza del reo];

entendido=Dijo que la consiente por lo que a sus partes toca y que suplica a su merced que en caso de apellar de dicha Sentencia por la parte *contraria*; se sirva de remitir sobre este tanto los autos a asesor para que declare si es o no apelable por el conocido perjuicio que a sus partes se sigue y esto respondio y lo firmo=Domingo del Rio, Defensor de los Reos”.

⁶³ AHESLP. FAM, 4 de enero de 1670, exp. 163; acumulación de dos fallos condenatorios. El alcalde ordinario, juez de la causa solicita la asesoría para resolver una petición del reo sobre la ampliación de un término en la ejecución de la pena.

AHESLP. FAM, 20 de junio de 1671, leg. 3, exp. 157; delito de adulterio y homicidio por menor español contra indígena. Sentencia condenatoria con pena de destierro. Nombramiento de asesor para dictar el fallo y para declarar el cumplimiento del destierro y la posibilidad de regresar a San Luis Potosí.

⁶⁴ AHESLP. FAM, 17 de julio de 1769, leg. 2, exp. 642. Respeto a la autoridad de cosa juzgada, pues se pide por el ofendido la reparación del daño, después de que se pronuncia el auto definitivo.

⁶⁵ Pedro Ortego Gil, “La Justicia letrada mediata...”, *cit.*, pp. 459-462. Los prácticos del derecho que menciona, coinciden en que deben intervenir desde el inicio del proceso, a pesar que los escribanos suplen esta función en diligencias que no se refieran a puntos de derecho, pero sin que falten en la Sentencia: Juan y Colom, Villanova y Mañés.

con el riesgo de que si pronuncia un fallo favorable para el reo pobre, decretando su libertad y sin pago de las costas procesales, nunca recuperará le juzgador el préstamo procesal que ha hecho; pierde económicamente, pero sus valores éticos hacia el humilde, trascienden al campo de la práctica judicial, imprimiendo la confianza al gobernado de que la administración de justicia indiana es verdaderamente, hacedora de justicia.⁶⁶

Y de todas estas actuaciones de humanismo hacia el débil ha quedado constancia en la documentación indiana, en la memoria histórica potosina, la que ha sido posible rescatar para emitir un juicio científico de lo positivo que se gestó en la administración de justicia.

La elección de los consejeros o asesores de jueces, es cuidada desde el derecho romano y por la legislación real en Castilla. Se les solicitan requisitos similares a los que se exigen al juez para su nombramiento, aunque no poseen jurisdicción, salvo casos de excepción:⁶⁷ *entendidos* en las normas que deben aplicarse; *de buena fama*, la que es inherente a las autoridades estamentales de esta época; *no sospechosos*, es decir, imparciales; ni *codiciosos*, a pesar de las importantes erogaciones que genera la administración de justicia. Los prácticos del derecho se refieren a las cualidades que debe poseer el asesor letrado: Villanova, *sabio, fiel, leal* y de toda *probidad*, y con la presunción de poseer todas ellas, por el solo hecho de estar aprobado por el Real y Supremo Consejo de Castilla, por las *chancillerías* y audiencias; y por ende, del Consejo de Castilla. Castillo de Bobadilla, sugiere al *juez lego* seguir el consejo de los sabios, “eligiendo de muchos pocos, y de pocos los más sabios, y de los mas cuerdos los más ancianos”, y en negocios de justicia, el juez no letrado tiene obligación de elegir un asesor letrado, al exigirlo así las leyes de Alfonso X, pues de no hacerlo, las sentencias serán nulas, salvo que su dictamen fuese notoriamente injusto. Francisco de Elizondo manifiesta que el asesor debe ser un abogado de *probidad* para las providencias de justicia; el práctico Castellano Guardiola exige un abogado de *ciencia y conciencia*.

La responsabilidad de los asesores letrados queda también regulada desde dos perspectivas: en lo individual, al emitir su dictamen; y en relación al juez que asesora, pudiendo ser uno de ellos o ambos, responsables de una sentencia no justa o maliciosa. En el primer supuesto, la responsabilidad del

⁶⁶ AHESLP. FAM, 25 de marzo de 1757, 31f, exp. 594.

AHESLP. FAM, 7 de julio de 1766, leg. 2, 21f, exp. 637; desacato a la autoridad en ronda y heridas recíprocas. Sentencia absolutoria motivada y fundamentada en leyes reales. Indígenas contra autoridades.

AHESLP. FAM, 25 de abril de 1752, 21f, exp. 578; homicidio de mujer indígena por indígena pobre.

⁶⁷ Ortego Gil, *op. cit.*, p. 443-446.

asesor letrado, queda regulada por la Ley de Partidas,⁶⁸ en lo que atiende sólo a la falsedad de un consejo legal.

Son los juristas y los prácticos del derecho, quienes complementan esta materia, de manera que la *impericia*, el *fraude*, y el *mal consejo*, se suman a la causa legal y de acuerdo a la opinión del jurista Gregorio López. Determina, asimismo, que si resulta *notoriamente injusta y errónea*, no es obligatorio su acato por el juez y si la sigue, no se excusaría de una pena.⁶⁹

En el segundo supuesto el juez puede ser responsable por el dictamen erróneo o injusto del asesor, o, en su caso, el mismo asesor, a partir de quién lo haya nombrado y su clase —*necesario o voluntario*—.

Hasta 1793 [por real cédula de 22 de septiembre] el rey en consulta a los Consejos de Castilla e Indias, define la responsabilidad de los asesores letrados y los jueces; pues hasta entonces la decisión sobre este tema se había dejado a la legislación antigua, y la moderna se mostraba obscura y discordante con la anterior; resultando además, poco uniforme la interpretación de los tribunales.

En la real cédula de 22 de septiembre de 1793⁷⁰ y en las Leyes de Partidas se prevé que: 1. El asesor que actúe con dolo y cause un daño al inocente y un beneficio al malo, recibirá las mismas penas que corresponderían a un juez que juzgara y sentenciara con doblez o maldad; 2. Si el juez se aparta del consejo de su asesor, responderá penalmente, salvo: "...si en algún caso creyeren tener razones para no conformarse con su dictamen, puedan suspender el acuerdo o sentencia, y consultar a la superioridad con expresión de los fundamentos y remisión del expediente".⁷¹ Los efectos que se producen bajo esta legislación son: 1º Se priva al juez *lego* de la posibilidad de dictar su propia sentencia, pues deben de ocurrir en consulta a las Audiencias; 2º los jueces y alcaldes ordinarios pueden designar a sus asesores, cuando no lo haga el monarca, y no serán responsables por las actuaciones indebidas de éstos.

Constituye esta forma de responsabilidad juez-asesor letrado, una garantía castellana más, que protege y refuerza la legalidad en la administración de

⁶⁸ 3,21,3.

⁶⁹ Citado por Pedro Ortego Gil, *op. cit.*, p. 476.

⁷⁰ El rey Carlos IV, por decreto de 22 de agosto de 1793. Puede consultarse completa en Juan N. Rodríguez de San Miguel, *Pandectas Hispano-megicanas*, México, UNAM, 1991, t. III, pp. 50 y 193.

⁷¹ Ortego Gil, *op. cit.*, pp. 79 y 80: "...los jueces no letrados no sean responsables a resultas de las providencias y sentencias que dieren con acuerdo de asesor". Será, por lo tanto responsable el asesor: si de su actuación irregular deriva injusticia "haciendo padecer al justo e inocente, por su culpa o malicia, o indemnizando al improbo y malo, con dolo, sería castigado con las mismas penas que se impondría al juez que juzgara y sentenciara por sí solo "con doblez o maldad".

justicia; que tutela jurídicamente los procedimientos judiciales y procura la expedición de sentencias legales y justas; respalda la confianza de los justiciables al ocurrir al órgano jurisdiccional y constituye un argumento más para demostrar que: *la motivación expresa de las decisiones judiciales, dentro de esta realidad castellana-indiana, no es un elemento esencial, sine qua non e inherente a la sentencia para que se pueda hacer justicia*. El objetivo *hacer justicia* se encuentra protegido por el conjunto de instituciones de control castellanas e indianas: recursos de apelación, súplica, juicios de residencia y visitas, amparo colonial.

Esta tarea —*de hacer justicia*— se ejercita también con prudencia y equidad dentro de un *arbitrio reglado*: la ley más la razón; y hasta de uno *no reglado* —no previsto en la ley—, siempre que se funde en los principios y valores del derecho *y exista una causa justa en el que el juez se sustente*, superando la justicia contenida en una norma jurídica: es el caso de la aplicación del estilo judicial formado por la Real Audiencia de México y el principio *pro persona*, aplicado reiteradamente por los jueces-asesores en la determinación de las penas indianas en la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí, el que incluye hasta a la pena de muerte, en ejercicio del arbitrio judicial,⁷² y que puede ser sustituida por otra más benigna si se encuentra una causa justa para su sustitución así se trate de un delito atroz.

En la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí, no se ha encontrado ninguna causa criminal en donde algún *asesor letrado* haya emitido un dictamen que lo implicara en una causa de responsabilidad, o bien, de algún juez que haya sido sujeto a responsabilidad por causa de un inadecuado dictamen de su asesor letrado. Los problemas que se generan se refieren a una recusación, o a las excusas justificadas de estos consejeros. Estos resultados avalan la eficacia de la institución; la ética de los asesores letrados y de las autoridades jurisdiccionales; y por ende, la justicia de sus de sus sentencias, como una regla general.

IV. DICTÁMENES RENDIDOS POR LOS ASESORES LETRADOS EN CAUSAS CRIMINALES POTOSINAS: EJEMPLOS MODELO

Con la documentación criminal de archivo consultada se demuestra primeramente: la sumariedad de los procesos indianos y solamente un mínimo porcentaje reporta problemas de dilación procesal, tal es el caso que a continuación se cita, en donde las quejas contra tal práctica se hacen valer. Es el asesor letrado quien motiva el proyecto de resolución con una sólida argumentación jurídica.

⁷² López Ledesma, Adriana, *op. cit.*

Se trata del caso de un delito de homicidio que se comete contra una india del Pueblo de San Miguel de Mesquitic,⁷³ jurisdicción de la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí. Se aprehende a un indio como presunto responsable; el proceso se inicia el 25 de abril de 1752 y la sentencia se pronuncia hasta el 13 de noviembre de 1756 (más de cuatro años). En el fallo, el Alcalde Mayor, juez de la causa, ratifica el dictamen del *asesor letrado*, el que emite su parecer sobre el sentido de la sentencia, y en esta asesoría hace énfasis en el retardo del proceso: [y dice a la letra]

...Soy de sentir el que [Vuestra merced] le absuelva de la instancia deste juicio, mandandole soltar libre de la prision que ha padecido por seis años. Y sobre que encargo a [Vuestra merced] no permita, que asi tanto se demoren las causas criminales: que por todos los derechos se recomienda su aceleracion... es permitido que aun en los dias festivos se actue en las diligencias de su sustanciacion: y a todas las horas por que si el procesado es digno de pena, no se debe retardar su castigo. Y si esta inocente, no ai razon para que se le detenga, y se le haga padecer, lo que se siente y llora en las carzeles. Por lo que los Señores Jueces deben aplicar toda su atencion en semejantes causas...

Dentro de esta política jurisdiccional real, en 1633, el rey Felipe IV insiste nuevamente a las autoridades indianas en el derecho que tiene todo gobernado sin distinción de naturaleza social, ni capacidad económica para acudir a los tribunales a que se le imparta justicia. Hace énfasis no sólo en los indígenas sino que incluye, en lo general al desvalido:⁷⁴ Se hace referencia en la Recopilación indiana de Antonio de León Pinelo a los colectivos *desvalidos* y en 1680, la Recopilación indiana, amplía el concepto y sustituye este término *desvalido* por la mención: *cualquier condición social*. Es en su ley 8, libro 3, título 11, en donde se refiere a *las viudas y personas pobres y miseras*: “... se acuda a la administracion de justicia con ygualdad amparando a las viudas, huerfanos y personas desvalidas oyendo sus quejas y procurando el remedio...”

Bajo esta tesitura de igualdad en la protección procesal para los colectivos socialmente débiles, los asesores letrados se desempeñan como garantes de la legalidad y de sus derechos humanos procesales.

Es en el Fallo o auto de resolución definitiva, en donde se define la tutela procesal hacia los pobres e indígenas y en donde se pone a prueba la

⁷³ AHESLP. FAM.SLP, 1752, 25 de abril, 22 fojas. Consúltese Fojas 21fte-vta.

⁷⁴ Antonio de León Pinelo, *op. cit.*, p. 1088, t, I, 4.2.87. Esta disposición pasó a la Recopilación de 1680, 3.3.25; suprime la referencia sobre los colectivos desvalidos y la sustituye por la mención: *cualquier condición social*; y es en su ley 8, libro 3, título 11, en donde se refiere a las viudas y personas pobres y miseras.

efectividad de la protección estampada en una norma de derecho. En él [fallo], el juez vierte no sólo el resultado de la valoración de las pruebas, de los alegatos manifestados por la defensa y el acusador, sino también, se depositan los conocimientos que le aporta su *formación profesional*, la que debido a la recepción del *derecho común*, se encuentra cimentada en los principios legados por el derecho romano y el canónico, sistemas jurídicos que trasciende a la Nueva España a través del Liber Iudiciorum, el Fuero Juzgo, de las Partidas y de las recopilaciones castellanas e indianas, las que constituirán el fundamento legal de no pocas sentencias potosinas.

Y un tema trascendente en el que se debe hacer énfasis: el juzgador novohispano, ejerce en el pronunciamiento del fallo, su facultad de *arbitrio judicial*,⁷⁵ dentro del marco legal que le es permitido. *Arbitrio* no es sinónimo de arbitrariedad,⁷⁶ y debe entenderse como la potestad que le permite al juzgador indiano, en un ejercicio de legalidad y ética, adecuar su criterio judicial a las circunstancias particulares de cada caso concreto, atendiendo a la étnia de los sujetos litigantes, a su lugar de residencia —forasteros o vecinos—, a su edad, a sus circunstancias físicas⁷⁷ y mentales,⁷⁸ a su género, al lugar donde se comete el delito, a los bienes jurídicos penalmente tutelados; a la mayor o menor gravedad de los hechos, a su estado de pobreza, a la lesión que se infiere al interés público de la *República* o al particular; valora la comisión dolosa, culposa y preterintencional de los ilícitos, procede a la graduación de la pena atendiendo a la participación de los responsables; A más de lo anterior, diseña un sistema de agravantes y excluyentes de la penalidad; prevé el *arbitraje*, *la mediación y la composición*⁷⁹ como instituciones

⁷⁵ RLRI, 7.8.15: “Que los juezes no moderen las penas legales, y de ordenanza: Nuestras Audiencias, Alcaldes del Crimen, Governadores, Corregidores, y Alcaldes mayores moderan las penas en que incurren los jugadores, y otros delinquentes, y por esta causa no se castigan los delitos, y excessos como conviene. Y porque no les pertenece el arbitrio en ellas, sino su execución, mandamos, que no las moderen, y guarden, y ejecuten las leyes, y ordenanzas, conforme á derecho, que esta es nuestra voluntad”.

⁷⁶ Contrariamente a la posición que sostiene el penalista español Francisco Tomás y Valiente en sus obras: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, siglos XVI-XVIII. El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano*, AHDE, Madrid, 1961, pp. 55-114.

⁷⁷ AHESLP. FAM, 9 de septiembre de 1758, leg. 2, 9f, exp. 604, portación de moneda falsa por un forastero y su conversión a moneda de curso legal a través de la compra de alimentos que hace a una vendedora: consúltese npp. 51

⁷⁸ AHESLP. FAM, 7 de octubre de 1773, 10f, exp. 654; delito de pecado nefando por menor de edad; atenuación de la pena por su ignorancia, estupidez y demencia. *Ibidem*, exp. 528 y 673.

⁷⁹ AHEFAM, SLP, 16 de marzo de 1764, 2f, exp. 809, 2f; delito de adulterio; solicitud de vida maridable exhorto a marido ofendido para que recoga a su mujer. Auto del Alcalde ordinario de Querétaro y respuesta por el de San Luis Potosí. Recibe el exhorto y notificación al exhortado, quién dice que regresará con su mujer.

que ponen fin a los procesos judiciales a instancia de la parte acusadora, primando siempre la reparación del daño a las víctimas u ofendidos por el delito antes que la consecución del proceso que persigue la imposición de una pena, en el caso de pronunciarse un fallo condenatorio.

Se reproduce el siguiente fallo en uno de sus párrafos, en el que se puede observar directamente la argumentación jurídica que formula el juez en el proceso, la que conlleva la adecuación de la ley al caso concreto, por lo que se refiere a la aplicación de la pena haciendo uso de su *arbitrio judicial*, que lo conduce a la imposición de penas muy benignas, tomando en consideración: la participación en el delito de cada delincuente, su naturaleza social de indígenas, la menor edad, la calidad en uno de *forastero*, y, en el otro de *vecino*. Y, lo más importante es que se fija un límite al *arbitrio del juzgador* al momento de que determina la pena: el que proceda con *conmiseración*:⁸⁰

...Digo: que a ninguno de los dos reos les corresponde Pena capital, por el delito perpetrado en el robo, hecho a don Juan de Elorriaga, [español] el día que en esta causa se expresa por que aunque...es verdad que según lo terminante de la ley 18 Título 16. Partida Siete se impone la sentencia de muerte a el ladrón por solo un hurto que comete, oradando las casas, entrando por fuerza a ellas, con las demas circunstancias, y requisitos que previene la ley; y son estas sus palabras: si fueren ladrones que hubiesen entrado, por fuerza en las casas o en los lugares de otros, para robar con Armas o sin armas, y la Ley del fuero [juzgo] que es la seis. Título [9] Libro cuatro con estas sus palabras: todo home que aforadare cassa o quebrante Iglesia, por furtar, muera por ello. Y aunque para la imposición de esta pena se requieren varias circunstancias; estas atendidas, no se verifican en todos reos, por lo que con todo rigor de justicia, les corresponde atendidas las circunstancias de su delito pena arbitraria. mirandolos con conmiseración..."

Por lo tanto en el fallo se procede a la aplicación individualizada de la pena según la participación y edad de los delincuentes: Al delincuente indígena forastero se le impone destierro de la jurisdicción de San Luis Potosí; al indígena vecino de San Luis, por ser menor, se le aminora la pena que corresponde como socio del robo, fundamentándola en las leyes de Partidas, 6. título final, ley 4 y 7,1,4. y con la sola amonestación para que *enmiende su vida*.

Otro caso que se cita, nos orienta sobre la labor de interpretación que lleva al cabo el juez indiano al momento de adecuar la norma jurídica al caso concreto según las circunstancias del hecho; se refiere a la excluyente

⁸⁰ AHESLP. FAM, 27 de julio de 1764, leg. 2,32f, exp. 630; robo de tienda por reo indígena menor contra español.

de responsabilidad prevista en el Fuero Juzgo y en las Leyes de Partidas, por el homicidio perpetrado por el marido ofendido en el caso del adulterio de su cónyuge y, afirma el juez en su fallo:⁸¹

...pero como no se deba abrir puerta franca para el homicidio, cuyo delito de tanta gravedad debe aborrecerse y por cuantos medios sean posibles evitarse. Claro está, que aún sin embargo del que aparezca tan claro permiso por la zitada ley, debe ponerse mucha atención en las circunstancias del homicidio... *El fallo que recae a la causa es absolutorio, motivado en las siguientes consideraciones:*

...Por lo que se ha manifestado [sobre] si hubo la reflexión que lo contuvo y de [la] que careció cuando dio sobre el adúltero, a la vista pues de lo que por este [el adúltero] en el artículo de muerte se declaro confesando el pecado... y a la vista tambien del muy cristiano desistimiento de la mujer del difunto perdonandolo de todo su corazon al homicida. No encuentro merito que en justicia obligue a imponerle pena alguna al referido homicida. Por lo que soy del sentir el que yo pueda absolverle del cargo, que se le hacia mandandole soltar libre, y sin costas de la prision en que se halla para que siga viviendo con su mujer a quien tiene perdonada; amonestandole tenga en ella la paz y quietud correspondiente al matrimonio, y a dicha mujer el que tenga siempre delante para la mayor misericordia de Dios la ofensa que hizo, y cuyo [pecado] fue causa del homicidio: encargandosele por ultimo al uno y al otro el que hagan todo el bien, que pudieren por el alma del infeliz difunto siendo esto lo que me parece es conforme a *Derecho y Justicia* salvo... Firmas: El asesor letrado.

Se observan dos posiciones en cuanto a la función que cumple la pena, que serán diferentes: según nos encontramos frente a un procedimiento acusatorio, o bien, ante un procedimiento seguido de oficio de la Real Justicia:

1º En los procesos acusatorios, Iniciados por querrela, en donde el interés particular o privado prima sobre el interés público de la *Republica*, el proceso criminal tiene por objetivo: hacer justicia para reparar, en primer término, el daño a la víctima u ofendidos por el ilícito penal, y, consecuentemente, aplicar una pena mínima —y sólo en casos muy reducidos— con efectos de: castigo-prevención y rehabilitación del sentenciado.⁸² En la mayor parte de los procesos, el perdón del ofendido mediante el *desistimiento* permite al juez concluir el proceso, una vez constado el pago de la repa-

⁸¹ AHESLP. FAM, 28 de septiembre de 1695, leg. 3, 18f, exp. 29; homicidio de indio adúltero por mestizo, marido ofendido.

⁸² RLRI, 7,8,10: “Estando prohibido por 1.5. tit.12. lib.6. “*que los Indios sean condenados por sus delitos en servicio personal... Mandamos y Ordenamos que... los puedan condenar en algun servicio temporal y, no perpetuo, proporcionado al delito, en que sean bien tratados, ganen dineros, ó aprendan oficios, con calidad de que sirvan en los Conventos, ó otras ocupaciones, ó ministerios de la República, y no ha personas particulares...*”

ración del daño y sin imposición de pena alguna para el autor del delito, decretando su inmediata libertad; quizá se efectúe por el juez una amonestación de un buen comportamiento, o la aplicación de alguna medida correctiva, tal como, el requerir a su familia para que tenga una vigilancia más estricta sobre la persona del reo, o, encomendarlo al gobernador del pueblo para el mismo efecto, ejercitándolo en algún trabajo.

Por otro lado, el *arbitraje, la mediación y la composición* son desde esta época medios alternativos cotidianos para la solución del conflicto entre acusador y acusado, que ponen fin al conflicto criminal, con satisfacción para ambos. Se citan dos ejemplos:⁸³

En el primero, el proceso se inicia por querrela del ofendido por la comisión del delito de robo en una tienda por parte de varios indígenas; dos de ellos se dan a la fuga y, a los otros dos, se les aprehende, siguiéndosele el proceso.

En el fallo se determina, respecto a uno de los partícipes:

...y por lo que mira a Antonio de la Trinidad indio originario de esta ciudad en el barrio de Tequisquiapan por constar como consta en los autos, ser menor de veinte y cinco años y que como a tal, se le debe aminorar la pena que le corresponde por socio en el robo referido, teniendo presente lo determinado por las Leyes que es la una, la Ley cuatro titulo final Partida seis y Ley nueve titulo 1 Partida siete por las que se establece que a dichos menores se les

⁸³ AHESLP. FAM, 27 de julio de 1764, leg. 2, 32f, exp. 630; robo de tienda.

Otro ejemplo en donde se pronuncia un fallo conciliatorio con una clara función de rehabilitación de la pena, es el siguiente:

Ibidem, 16 de agosto de 1769, leg. 2, 6f, exp. 614; delito de robo de yunta por un menor de edad que confiesa el hecho:

“En cinco días del mes de noviembre de 1760 Lazaro Diaz de Noriega alcalde provincial y su jurisdicción por su magestad (que dios guarde) habiendo visto este cuaderno la denuncia que por carta le hizo Don Miguel Domingo de Oviedo, mayordomo de la Hacienda de las [ilegible]. Vecino de esta jurisdicción sobre el hurto de una yunta de bueyes, que por el consta por Joseph Clemente Jaramillo mulato libre, en el rancho llamado el Galante, de dieciséis años, que es todo lo que en el se contiene... Atendiendo a la minoridad del Reo y a la espontanea confesion que tiene hecha del robo tres meses de carcel y que si se le nombra defensor no tendáa este en que fundar la defensa mediante la confesion hecha. La parte agraviada quedo integramente satisfecha; pues con habersele devuelto la yunta de bueyes. *Viendo con misericordia* que pague los costos de lo ocasionado ministros y carcelaje; sea absuelto en la prison que se halla y que se le entregue a Juan Jaramillo, su Tio, que lo mantenga en su poder siempre ocupado con trabajo sin dejarlo libre para que no se ejercite en maldades y en caso de no sujetarse a la buena administracion de justicia. Quedando vacio este cuaderno en el oficio publico para acumularlo a la causa que de este reo se le siga por su mala correspondencia y que sirva este auto asi lo preveyo. Firma del Juez y escribano. Y asesor letrado”.

Y el escribano al notificar al reo la sentencia da fe de lo siguiente en relación al pago de costas: “...*Por su notoria desnudez, y pobreza incapaz de satisfacerlas* pues solo le queda el recurso de suplicar a su tio las satisfaga. [rúbrica el escribano]”.

modifique la pena, que le correspondía imponer sino lo fuere, servira a vuestra merced, en su consecuencia, mandar salga de la prision, amonestandole, y notificandole enmiende su vida y costumbres sin dar otra causa, ni motivo a prision, y para que de arreglo a buen modo de vida, y que se ejercite en sus trabajos, mandaba que se le entregue a la Justicia de su barrio de Tequisquiapan preceptuandoles tengan un especial cuidado con el, y que se mantenga en su trabajo, y que de no hacerlo, de aviso; para castigarlo con todo rigor de derecho. Y este es mi parecer salvo [palabra ilegible] San Luis Potosi diciembre veinticuatro de Mill y Setecientos y sesenta y seis años. Firmas: Diego Martin del Campo Cos, Asesor Letrado.

2º En los procesos que se inician de oficio de la Real Justicia, en virtud de que el delito afecta al interés público de la *República*, se observa que: cuando se comprueba fehacientemente la culpabilidad del reo, se hace justicia castigando a éste para prevenir tanto, el que cometa nuevos ilícitos o reincida, o bien, se cometan delitos por otros infractores; persiguiendo la pena, asimismo, la rehabilitación del reo con la consecuente reparación del daño a la víctima u ofendidos por el delito. Se cita un ejemplo sobre el delito de homicidio cometido por un mestizo contra un indígena:⁸⁴

En los autos y causa criminal, que se han fulminado de oficio de la Real Justicias, contra Pedro de Medina mestizo preso en la carcel publica de esta ciudad por haber herido a Pedro moreno indio con una espada de que murio, y los demas que es la causa vistos estos

Fallo atento a los autos, y meritos del proceso al que me refiero y... a la larga prisión que el susodicho a padecido, que lo debo de condenar y condeno en cuatro años de destierro, precisos de [forma que salga de] esta jurisdiccion veinte leguas en su contorno, y no quebrante, pena de cumplirlos en un obraje o panaderia; y asimismo, en cuarenta pesos los treinta que se den a la mujer del dicho difunto para ayuda al sustento de sus hijos; y los diez, que se mande decir de misas, por su alma, cuyos recibos se pongan en estos autos, y por esta mi sentencia definitivamente juzgando así la pronuncio y mando con asesor y costas cuyas tasacion en mi reservo.

[Rúbrica]: el Teniente de Alcalde Mayor, juez don Francisco Barbosa.
[Rúbrica]: don Felipe Bravo de Arevalo y Agüero, Asesor Letrado.

⁸⁴ AHESLP. FAM, 28 de julio de 1695, leg. 3, 18f, exp. 29; contra Pedro de Medina, mestizo, por la muerte de Pascual Moreno, indio. De oficio de la Real Justicia por negativa del ofendido a querellarse, no obstante, en el Fallo condenatorio se señala reparación económica del daño a los ofendidos por el delito: la familia del occiso. Se le toma en cuenta la prisión preventiva como compensación de la pena de destierro.

Es así que puede atribuirse a la pena en el derecho novohispano una función: sancionadora, preventiva, rehabilitadora y reparadora del daño causado al particular, o en su caso, a la causa de la *República*.⁸⁵

Esta función de la pena asignada en el derecho procesal indiano, se reitera y aún de manera más benévola, en la política penal que observa la Corona española, la que se integrará al *estilo judicial* observado en la práctica seguida por los tribunales. En esta virtud, los jueces al pronunciar sus *fallos o autos definitivos* condenatorios, imponen una pena, la que se caracteriza por ser sumamente mínima, siempre que no se trate de los delitos calificados como *casos de Corte* o delitos *escandalosos y atroces*, o bien, los cometidos con agravantes.

El fallo siguiente es una muestra del carácter benigno de la primera pena y el carácter subsidiario y de extremo rigor de la pena con la que se le percibe; dice a la letra:

En la causa criminal que de oficio de la Real Justicia se ha seguido contra Alonso Rodriguez mestizo preso en la carcel publica de esta ciudad por decirse haber ido alborotar el barrio de los naturales de San Miguel...y amenazando a Joseph Gutierrez indio alcalde de que lo habia de matar porque lo habia querido prender y lo demas que es la causa y vista

FALLO atento a los autos y meritos que de ella derivan por la culpa que de la dicha causa resulta contra el dicho Alonso Rodriguez que le debo de condenar y condeno en dos años de destierro de este pueblo y de los pueblos de indios extramuros de este, el uno preciso y el otro voluntario, y, el primero, no lo quebrante pena de que se le daran doscientos azotes y lo cumplira doblado en las islas Filipinas sirviendo a su Majestad sin sueldo alguno en lo que el señor gobernador de ellas le quisiere mandar; y el voluntario no lo quebrante so la misma pena que salga a cumplir cada que por mi o por otro juez competente de esta causa le fuese mandado; y, el preciso, salga a cumplir desde la prision en que esta habiendo pagado la dicha condenacion y las costas de esta causa cuyo tasacion en mi reservo y por esta mi sentencia definitiva juzgando asi lo pronuncio y mando con asesor. [Rúbricas]: Francisco Bravo, Teniente de Alcalde Mayor. Pablo Gago asesor letrado.

Otro ejemplo en el mismo sentido:

...Y atendiendo a la dilatada prision que han padecido de dos años, y cinco meses, soy de parecer que al expresado Joseph Manuel., de calidad...foraste-

⁸⁵ RLRI 7,8,17: "Que los jueces no compongan delitos...si no fuere en algun caso muy particular, a pedimento, y voluntad conforme de las partes, y siendo el caso de tal calidad, que no sea necesario dar satisfacción á la causa publica, por la gravedad del delito,, ó por otros fines..."

ro, vecino de la villa de San Miguel el Grande por el delito que contra él resulta por... haberse hallado en su casa abrigando a los ladrones y en ella ocult[ó] parte del robo, se sirva Vuestra merced mandar que salga de la prision, y que dentro de tres dias salga desterrado de esta Ciudad, y que no vuelva a ella, en ningun tiempo, so la pena de si lo quebranta se remitira a un presidio a servir a Vuestra merced con prisiones y sin sueldo.

De la documentación de archivo consultada, se demuestra que la política criminal indiana consigue: una eficaz prevención en la comisión de ilícitos penales, lo que favorece a la seguridad pública de sus habitantes en virtud de que las penas son tan severas sólo en el caso de reincidencia; de tal manera que el delincuente sometido a penas mínimas, reparadoras y rehabilitadoras, no vuelve a delinquir.

A mayor abundamiento, y sobre la ética judicial, es práctica cotidiana del juez indiano a través del asesor letrado, en muchas de sus resoluciones judiciales y ante todo, en sus *fallos*, anteponer a la norma del derecho, los valores y virtudes de justicia, equidad, misericordia, compasión y piedad hacia los débiles sociales. Muestra de ello lo constituyen los siguientes fallos que a la letra cito:⁸⁶

El indiciado, español, en ejercicio de su derecho de petición, solicita al juez que le autorice su remisión al Hospital de San Juan de Dios, por encontrarse enfermo de *morbo galico* y con riesgo de su vida, si permanece en la humedad y demás condiciones insalubres de la cárcel pública de la Alcaldía Mayor de San Luis. La autoridad judicial accede a su traslado al hospital, previo el otorgamiento de una fianza, así como de la certificación de un médico que dictamine sobre su estado de salud. El presunto responsable cumple con este último requisito y aunque el médico determina que el mal no es de muerte, sí en cambio, es necesaria su remisión, ya que de permanecer en la prisión su salud no mejorará. Sin embargo, la fianza no la puede satisfacer *porque es forastero y pobre* y además, no conoce a nadie en esta ciudad potosina. Frente a estas circunstancias el juez determina ocurrir en consulta a un asesor letrado, abogado de la Real Audiencia, para que dictamine sobre la imposibilidad económica del reo para otorgar la fianza que se le solicita, pero, al mismo tiempo, es urgente su inmediata asistencia médica. Se encara en esta causa: un problema jurídico-procesal frente a un estado de necesidad: la salud de un ser humano, reo, pobre y forastero.

⁸⁶ AHESLP. FAM, 11 de octubre de 1777, 16f; exp. 670 causa criminal por el delito de hurto de alhajas, cometido en la ciudad de San Luis Potosí. Presunto responsable, el español don Antonio de Utrugay. Juez de la causa, el alcalde ordinario don Manuel Díaz Fernández.

El asesor letrado autoriza el traslado del reo al Hospital de San Juan de Dios, *motivando su decisión en razones conmiserasivas* dado su especial estado físico, del arrepentimiento del reo declarado en los autos, de su comparecencia voluntaria al procedimiento, todo lo cual manifiesta su entera confianza en los tribunales para que se le administre una justicia equitativa: Y dice el asesor letrado al juez:⁸⁷

Sr. Don Manuel Díaz Fernández Alcalde Ordinario.

El delito de que esta convicto el reo Antonio de Uturgay no tiene todas las calidades de un hurto, porque el mismo le escribio donde se hallaba segun declaracion, y, aunque lo fuese, *prepondera más la necesidad en que se halla de curarse según la piedad del derecho*, por lo que puede Vtra. Merced encargandolo al Sr. [Prior] de San Juan de Dios permítale pasar al hospital. Octubre Treinta de Mil Setecientos y Setenta y Siete años. [Rúbrica] Silvestre López Portillo, Asesor Letrado.

Este dictamen es confirmado por el juez en su resolución definitiva. De inmediato se procede al internamiento hospitalario del peticionario.

Otra causa criminal en donde la equidad y la conmisericordia se manifiestan como fundamento del fallo es la siguiente:⁸⁸

El 12 de febrero de 1744, se inicia una causa criminal por abuso de autoridad cometido por los alcaldes ordinarios del pueblo de San Sebastián, por inferir azotes ilegalmente a dos indígenas de su pueblo. El juez de la causa lo es el teniente de alcalde mayor de San Luis Potosí, por ausencia del alcalde mayor. Es relevante este proceso por su fundamentación en la Recopilación de las Leyes de las Indias que ordenan: *no se proceda contra indios con estrépito judicial, sino breve y sumariamente...* Por lo que el juez remite al asesor letrado, licenciado don Bernardo de Rojas, abogado de la Real Audiencia de México, las actuaciones judiciales, concluida la fase de la sumaria información, para que emita el dictamen y determine la causa. En su proyecto de sentencia señala:

...Por la [ley] diez y seis, Titulo Tercero, Libro sexto de la Novisima Recopilacion de Indias (sic), esta declarado, y resuelto que en las Reducciones, y por los indios, sus Alcaldes, solo tengan Jurisdiccion para inquirir, prender, y traer a los Delincuentes a la Carcel del Pueblo de Españoles: y solo se les permite el poder castigar, con un dia de prision, y seis a ocho azotes, a el Indio que faltase a la Misa el dia de fiesta, o se embriagase o hiciere otra falta... no hay

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ AHESLP. FAM, 12 de febrero de 1744, 10f, exp, 536; delito de abuso de autoridad indígena contra indígenas; fallo conmisericordioso, ya que sólo se les castiga a los responsables con una pena preventiva de suspensión temporal de sus oficios por un mes; y, si reinciden, destitución definitiva.

la menor duda en que los Indios Alcaldes, de el Pueblo de San Sebastian, en la Jurisdiccion de esta Ciudad, llamados Bartolome Garcia, y Martin Dionisio, Reos de esta Causa, cometieron gravisimos excesos, y punibles delitos... por haberse propasado en el modo de castigo, instrumento, y numero de azotes que mandaron dar, y dieron a los susodichos; y que por esto, para su escarmiento, y ejemplo de otros, debia y debian ser condenados en muy severas penas: pero atendiendo a *la equidad y commiseracion* con que por las Leyes son recomendados los Indios, para el procedimiento de sus causas, fundada en su natural incapacidad, y rudeza; y atendiendo, asimismo, a *que no por ello, abusando de la misericordia*, se arrojen dichos Reos, en lo de adelante, y otros indios, con su ejemplo, a cometer iguales, o mayores excesos; se podra condenar a los expresados Alcaldes, Bartolome Garcia y Martin Dionisio, en un mes (o mas, o menos tiempo, *segun a el regulado arbitrio* que a vuestra merced parezca conveniente) de suspension de sus empleos, a los cuales, cumplido dicho tiempo, sin mas diligencias judiciales, ni costas, sean luego restituidos;...con apercibimiento, que de lo contrario, y en caso de la mas minima contravencion, no solo se les quitaran totalmente del oficio, y quedaran inhabiles para nunca obtenerlo en su Republica, ni en otra parte alguna; sino que se procedera contra ellos, a lo que haya lugar, por todo rigor de Derecho...

Frente a este panorama de práctica judicial que nos ofrece la Alcaldía mayor de San Luis Potosí, cabe preguntarnos ¿cómo logra el derecho indiano imprimir eficacia en la práctica judicial a todos los mecanismos sustantivos y procesales consagrados en la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680 y en la normatividad posterior a ésta, que se instauran para otorgar una tutela efectiva jurídica dirigida a los pobres e indefensos de la sociedad novohispana y, en donde la legalidad fue debidamente atendida por los órganos jurisdiccionales?

Por un lado, se encuentran los eficientes sistemas de control de la legalidad desplegados por la Corona y dirigidos a vigilar la actuación de todas y cada una de las autoridades y funcionarios indianos: a cada autoridad se le otorgan facultades de órgano de control respecto de otra. Se mencionan entre estos sistemas: el amparo novohispano encomendado a la Real Audiencia y al virrey; los juicios de residencia, las visitas; la tipificación de conductas cometidas por las autoridades judiciales en ejercicio de sus funciones. En este último punto, la administración de justicia indiana opera, es en sí misma, como un sistema de control de la legalidad, que además, despliega una función de protección social hacia el litigante más frágil.

Castillo de Bobadilla manifiesta la trascendencia, los fundamentos y fines de un *consejero o asesor letrado*:⁸⁹

Haciendo el corregidor [juez lego] las cosas sin consejo, y por desvariados medios, aunque salgan bien, no son aprobadas; y por el contrario haciendo los negocios por sano consejo, aunque no tengan buen fin, tienen a lo menos excusa, y quedan los hombres con satisfacción, y sin queja de sí mismos, y aun sin dolor, miedo y contienda... y lo más cierto es, según Justiniano, que acarrear gloria, y beatitud. El consejo es oficio de la virtud prudente es la que abraza la justicia, y es como espíritu de ella; pues ¿cómo podrá discernir lo que es justo el corregidor que no tiene ciencia, sin consejo de letrado?... Cuánto se contenta el pueblo en entender, que su gobernador está sujeto al consejo de los sabios varones? Y cuan triste, y a punto de desesperarse está la *república*, donde el corregidor no se quiere llegar consejo? Decidme, veamos, qué es el hombre sin el consejo de la razón?

La buena administración de justicia en una *República* conlleva la paz y “para la paz se debe preferir al *jurista*”:⁹⁰ *es decir un asesor letrado.*

V. CONCLUSIONES

Primera. El objetivo fundamental de la institución del asesor letrado es subsanar la ausencia de conocimiento jurídico del *juez lego* en los municipios, para la consecución de la tarea jurisdiccional inferior —alcalde mayor u ordinario y sus tenientes, entre otros jueces— y hacer posible el hacer justicia dentro de una sociedad, lo que es esencial e inherente a toda *República* que debe garantizar al pueblo el servicio de la justicia en aras de la paz social.

Segunda. El asesor letrado hace posible la observancia y cumplimiento de las disposiciones jurídicas y su adecuación con *causa justa* al caso concreto a través del ejercicio de la facultad de arbitrio que posee el juzgador y teniendo como presupuestos: la aplicación del principio *pro-personae*, así como del estilo judicial determinado por la Real Audiencia de México. Es el arbitrio judicial fundamentado en estos principios y en los valores del derecho romano-canónico, el que hace realidad a través del *asesor letrado*, el hacer justicia dentro de un sistema de legalidad.

⁸⁹ Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra y para Iuezes eclesiásticos y seglares y de sacas, aduanas y de residencias y sus Oficiales y para Regidores y Abogados y del valor de los corregimientos y Gobiernos realengos y de las Ordenes*, (primera edición 1597), 1640, lib. II, cap. VI, núm. 22, pp. 335 y 336.

⁹⁰ *Política para corregidores*, *op. cit.*, lib. I, cap. VI, núm. 14.

Tercera. Son los asesores letrados quienes junto a los oidores y a los alcal-des del crimen, de los procuradores fiscales y de los defensores de los pobres de la Real Audiencia de México, quienes poseen una estricta y formal capacita-ción jurídica; sus dictámenes rendidos en las innumerables causas crimi-nales, constituyen ejemplos notables de argumentación jurídica indiana, que dejan ver su profundo conocimiento del derecho romano, del castellano e indiano. Forman sus dictámenes una verdadera doctrina judicial que llega a consolidar *un estilo judicial* que servirá de modelo a los juzgadores durante los siglos XVI a XIX, al integrar un conjunto de precedentes que se obser-varán en la práctica judicial, prototipo a seguir en la jurisdicción indiana y dirigida a facilitar a las autoridades de justicia que no poseen estudios jurídi-cos suficientes, su intervención en la administración de justicia, en aras de la legalidad; o bien, sentando *principios* sobre la interpretación y el alcance que se otorga a determinados preceptos indianos, cuando éstos puedan resultar dudosos, oscuros e imprecisos.

Cuarta. Los indígenas cuando son parte en los procesos judiciales deben ser juzgados *conforme a sus usos y costumbre*: es vital la presencia de un *asesor letra-do* —historiador jurídico—, experto en el derecho histórico, el que es vigente para las étnias en este siglo XXI, pues sus *usos y costumbres* devienen de normas del derecho prehispánico y del indiano que contiene principios del derecho romano, formando parte del derecho vivo de todos los Pueblos Indígenas.

Quinta. El *asesor letrado* es un factor que enlaza el derecho romano con el derecho indiano a través de esta insustituible figura. Pero es también deseable su enlace con el siglo XXI, como institución eficaz, garante de la lega-lidad y del arbitrio en los procesos en donde el vulnerable es parte, con un trato jurídico especial que ya había sido previsto desde el derecho romano e indiano —*casos de Corte*—:⁹¹ los menores de edad, las personas con capa-cidades disminuidas, los pobres, los huérfanos, los ancianos, los enfermos y todo ser humano en estado de desamparo e indefensión.

Sexta. Los principios jurídicos y los valores contenidos en el Liber Iudi-ciorum visigótico, en el Fuero Juzgo, en las Leyes de las *Partidas* del rey Al-fonso X, El Sabio, en la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, entre otras, receptores del derecho romano, castellano, indiano y has-ta del prehispánico, siguen siendo válidos e insuperables para todo tiempo y espacio, son reiterados en la consecución de los procedimientos judiciales indianos, en su técnica procesal y en sus fallos judiciales.

Séptima. En la práctica judicial de la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí, el Juez, por regla general, se adhiere al dictamen del asesor letrado y pro-

⁹¹ Recopilación Indiana de 1680, ley 8, libro 3, título 11.

nuncia el fallo correspondiente en el mismo sentido; en él prima la imposición de una pena conforme a la equidad y conmiseración, atendiendo a la naturaleza indígena de los reos, sobre el criterio legal de aplicar una sanción previamente determinada para un delito penal, como lo es el abuso de una autoridad contra su pueblo. La pena impuesta en uso de la facultad del arbitrio judicial persigue: el castigo, la prevención y la oportunidad de rehabilitación, restaurando, además, el orden de derecho que ha sido inobservado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Documentos de Archivo

40 causas criminales y documentos que contienen información procesal criminal y penal relevante, forman parte de uno de los acervos el Archivo Histórico del Estado de San Luis Potosí, México. Pertenecen al *Fondo de la Alcaldía Mayor*.

Obras

ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Práctica criminal, por principios ó modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Primera parte, Madrid, 1792.

ARREGUI ZAMORANO, Pilar *La Audiencia de México según los visitantes (siglos XVI y XVII)*, UNAM. IJJ, México, 1985.

BERNÍ Y CATALÁ, *Práctica criminal con nota de los delitos, sus penas, presunciones y circunstancias que los agravan y disminuyen; y ritual para juzgar, acriminar y defender en los Tribunales Reales de España y en los particulares de Residencias*; (edic. facsimilar de 1749), Civitas, Madrid, 1995.

BOADA DE LAS COSTAS, Pedro de, *Adiciones y Repertorio General de la Práctica Universal Forense de los Tribunales Superiores e Inferiores de España e Indias*, Madrid, 1793.

CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra y para Iuezes eclesiásticos y seglares y de sacas, aduanas y de residencias y sus Oficiales y para Regidores y Abogados y del valor de los corregimientos y Gobiernos realengos y de las Ordenes*, (1ª ed. 1597), 1640, Madrid, Lib. I, Cap. núm. 12, núm. 57.

CELSE, Hugo, *Repertorio Universal de todas las leyes de estos Reynos de Castilla*, 1553,

reimpresión B.O.E., 2000.

- CUTTER, Charles, *Libro de los principales rudimentos tocante a todos los juicios, criminal, civil y ejecutivo*, (edic. facsimilar), UNAM, México, 1994.
- DE HEVIA BOLAÑOS, Juan, *Curia Filipica*, Madrid, 1825, t. I y II, 590 pp.
- DUNAITURRIA LAGUARDA, Alicia, *El arbitrio judicial en la Sala de Alcaldes de Casa y Corte (1751-1808)*, Madrid, Dikynson, 2010.
- ELIZONDO, Francisco Antonio de, *Práctica Universal Forense de los Tribunales Superiores de España y de las Indias*, (1ª ed. 1764, 2ª reimp.), Madrid, 1770, 2 t.
- GARCÍA LEÓN, Susana, “La justicia indígena en el siglo XVI. Algunos pleitos en lengua náhuatl”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, n° 11, (2004), Madrid, pp. 285.
- GARCÍA LEÓN, Susana, “Un formulario de causas criminales de la Nueva España”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, núm. 9, 1997.
- La justicia en la Nueva España: criminalidad y arbitrio judicial en la Mixteca Alta (siglos VII y VIII)*, Madrid, Dykinson, 2012.
- JUAN Y COLOM, Joseph, *Instrucción de Escribanos, en orden a lo judicial*, Madrid, 1769.
- LÓPEZ LEDESMA, Adriana, “El arbitrio judicial y la determinación de las penas en el delito de homicidio: legalidad o justicia en la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí, 1695-1765”, en *El arbitrio judicial*, (Investigador principal José Sánchez Arcilla Bernal, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 263-326.
- MAC LACHLAN, Colin M., *La justicia criminal en el siglo XVIII en México, un estudio sobre el tribunal de la Acordada*. México, 1976.
- MARGADANT, Guillermo F., “Los pobres indios, ¡cienientos de la justicia novohispana! ¿Correcto o falso? Un interesante litigio sobre aguas del río de Querétaro, de 1758 a 1763”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, vol. VIII, 1996, pp. 283-308.
- MARTIRÉ, Eduardo, *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ, Silvestre, *Librería de Jueces, Utilísima y Universal*, Madrid, 1774, t. VII, Tít. XVIII y XIX, pp. 79 a 88.
- ORTEGO GIL, Pedro, “La Justicia letrada mediata: los asesores letrados”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, vol. XXII, 2010, 46 pp.
- RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N., *Pandectas Hispano-megicanas*, UNAM, México, t. III, 1991.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, “El arbitrio judicial en la Nueva España. Los delitos contra la vida en la cuerda de reos”, en *El arbitrio judicial en el*

- Antiguo Régimen (España e Indias, siglos XVI-XVIII)*, (Investigador principal José Sánchez Arcilla Bernal), Madrid, Dykinson 2012.
- TERÁN ENRÍQUEZ, Adriana, “Justicia y Crímen”, México, 2009.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 30, 1960, pp. 249-490.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1961, pp. 55-114.
- VILLANOVA Y MAÑÉS, Senén, *Materia Criminal forense o Tratados universal teórico y práctico del delito y los delincuentes*, Madrid, Observación X, n°. VII, t. II, 1827.
- VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y Práctica criminal, arreglado a las leyes de España*, Madrid, 1797.

Disposiciones Jurídicas

- Autos Acordados que contienen Los Libros sexto, septimo, octavo y nono por el orden de títulos de las Leyes de Recopilación*, Madrid, t. IV, 1777.
- Cedulario de Diego de Encinas, 1596*, (edic. facsimilar por Alfonso García Gayo), 1945.
- Cedulario de Puga de 1563: “*Provisiones, Cédulas, Instrucciones de su Magestad, Ordenanzas de Difuntos y audiencias para la buena expedición de los negocios y administración de justicia y gobernación de esta Nueva España y para el buen tratamiento y conservación de los indios, desde el años de 1525 hasta el presente de 1563*”.
- Código Penal. Causas y circunstancias en el Derecho Histórico español”, en *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol LXXXIII, (2007).
- DE LEÓN PINELO, Antonio de, *Recopilación de las Indias; (Edición copiada de su original)*; Edición y Estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella, México, Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Miguel Ángel Porrúa, Gobierno del Estado de Chiapas, Gobierno del Estado de Morelos, 1992. Tomos I, II, III, Siete Libros.
- Fuero Real*. Edición y análisis crítico por Gonzalo Martínez Díez, Ávila, 1988.
- Las Leyes del Estilo que por otra manera se llaman Declaración de las Leyes del Fuero Los Códigos Españoles, concordados y anotados*, Tomo I, Madrid, 1847.
- Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso El Sabio* glosadas por el Señor Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de las Indias. (Corregida y publicada por el Dr. Don Joseph Berni y Catalá, Abogado de los Reales

Consejos, Valencia, 1767, 7t.

Los Códigos Españoles, México, (introd. por Joaquín Francisco Pacheco y Fermín de la Puente Apezechea), 1990, t. I, pp. 105-201.

Librería de Jueces, utilísima y universal se refiere al Título IV de la Novísima Recopilación de todas sus leyes y Autos acordados, con las posteriores Reales Resoluciones, Cédulas, Provisiones, Leyes y Pragmáticas no recopiladas, que derogan o renuevan las antiguas disposiciones desde 1567 hasta 1774; en materia de testigos. Madrid.

MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, *Leyes de Alfonso X. I Especulo*, edición y análisis crítico, Ávila, 1985.

Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias de 1680, mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II, nuestro señor. Quarta impresión Hecha de orden del Real y Supremo Consejo de las Indias. Madrid MDCCLXXXI, (ed. Facsimil), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, III t., 1998,

RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N., “*Pandectas Hispano-Megicanas*”, Versión copiada de su original de 1852. Intr, Ma del Refugio González, México, 1991.

VENTURA BELEÑA, Eusebio, *Recopilación Sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España: Recopilación de algunos mandamientos y Ordenanzas del Gobierno de esta Nueva España 1787*, edic. México, 1991, 2t.

LA CORRUPCIÓN ELECTORAL EN LA ROMA REPUBLICANA. EL *PRO MURENA* DE CICERÓN

Martha Elena MONTEMAYOR ACEVES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Leyes contra el delito de ambitu*. III. *El delito de ambitu*. IV. *El suffragium*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En las elecciones para el consulado del año 63 a.C., en Roma, contendieron Lucio Sergio Catilina, Servio Sulpicio Rufo, Décimo Junio Silano y Lucio Licinio Murena. Los dos primeros perdieron, los dos últimos resultaron electos.

Servio Sulpicio Rufo, jurisconsulto eminente, había sido cuestor y pretor juntamente con Murena. Él entabló una demanda contra Murena, acusándolo de soborno electoral, para lo cual se acogió a la *lex Tullia de ambitu*, cuyo autor fue Cicerón. Servio Sulpicio fue defendido en el proceso judicial por Cneo Postumio, Servio Sulpicio el joven y Marco Porcio Catón, bisnieto de Catón el Censor. A Murena, por su parte, lo defendieron Marco Licinio Craso, Quinto Hortensio y Marco Tulio Cicerón. A pesar de que el mismo Cicerón fue el autor de la mencionada *lex Tullia* del año 63, se sintió obligado a defender a Murena para cerrar toda posibilidad de triunfo a Catilina, quien estaba organizando una conjuración en su contra y en la de la república romana.

Lucio Sergio Catilina pertenecía al partido de los populares, era de una familia ilustre pero arruinada, “nació de padre pobre, fue criado por una hermana viciosa, entró a la vida pública matando équites... incluyendo al gran hombre Quinto Cecilio, esposo de su hermana”.¹

¹ ...natus in patris egestate, educatus in sororis stupris..., cuius primus ad rem publicam aditus in equitibus Romanis occidendis fuit... ille hominem optimum, Q. Caecilium, sororis suae virum, equitem Romanum... Quinto Tulio, *Commentariolum petitionis*, 9.

En varias ocasiones fue rechazada su candidatura al consulado porque ya se conocían sus malos antecedentes: se le acusaba, además, de libertinaje y de inmoralidad contra las vestales; se decía que había derrochado todos sus bienes, por lo que cayó en la ruina; que había cometido malversación de fondos cuando fue propretor en África y que había participado activamente en la ejecución de las proscripciones en la época de Sila. Con todos estos antecedentes, Catilina no gozaba de buena reputación.

En el año 64 se le aceptó su candidatura, pero perdió ante Cicerón, quien estuvo apoyado por los caballeros, y ante Antonio Híbrida, quien estuvo apoyado por los populares. Al siguiente año, en el 63, volvió a contender por el consulado y perdió de nuevo, pero ahora ante Murena.

Por su estilo literario, pulcro y elegante, la obra de Cicerón es estudiada principalmente desde el punto de vista retórico, pero es importante acercarse a ella por el hecho de ser un reflejo de situaciones políticas que se sucedieron en el tiempo de la república romana y, sobre todo, por ser una fuente para el conocimiento de algunas leyes. En este discurso, el orador aborda el tema de la corrupción electoral, así como el de dos leyes que la castigaban y que estuvieron vigentes al final la República romana, en el siglo I a.C.

Por tal motivo, mi propósito en este trabajo es analizar el delito de corrupción electoral (*delictum de ambitu*) a la luz de la *lex Calpurnia* y de la *lex Tullia*, mencionadas por el orador en su discurso *Pro Murena*. Situaré estas leyes en su contexto histórico, haciendo referencia a la legislación más antigua sobre el delito *de ambitu* hasta la que estableció el emperador Octavio Augusto.

II. LEYES CONTRA EL DELITO *DE AMBITU*

Cicerón es cónsul en el momento en que acepta defender a Murena de la acusación *de ambitu*. En relación con este término, Pomponio, a propósito del derecho de tener acceso a un sepulcro después de la venta de un fundo, lo utiliza en su significado de movimiento giratorio o contorno: “en los contratos de compraventa de predios, se establecerse que haya derecho de acceder (*aditus*) a los sepulcros, que están en los fundos, e igualmente de andar alrededor (*ambitus*) para hacer los oficios funerarios (*funeri faciendi*)”.² El diccionario de la Real Academia Española lo define en el mismo sentido: “contorno o perímetro de un espacio o lugar. Espacio comprendido dentro de límites determinados”.

² ... *legibus namque praediorum vendundorum cavetur, ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, item eius aditus ambitus funeri faciendi sit.* D.47,12,5.

La palabra latina *ambitus* viene del verbo latino *ambio, is, ambire*, que significa rodear, cercar e incluso asediar. De aquí que se haya utilizado para indicar las prácticas habituales de los candidatos que rodeaban a los electores en lugares públicos para pedirles su voto.

Esta práctica de corrupción electoral se acentuó en Roma a finales de la República, en el siglo I a.C. época en que se sitúa este discurso. Santiago Castán, profesor de la Universidad de la Coruña, opina que “la ambición de poder por parte de los optimates como de los *homines novi*, y del pueblo mismo que se dejó corromper, debilitaron el sistema y causaron su desaparición”.³

Cicerón acepta defender a Murena a causa de su enemistad con Catilina, quien era muy amigo de Servio Sulpicio el que entabló la demanda. Catilina estaba fraguando una conspiración en contra de algunos senadores y en contra del mismo orador a quien no le interesaba defender específicamente los bienes de Murena, sino defender el bien común. Siendo cónsul, Cicerón había promulgado una ley por insistencia del mismo Servio Sulpicio, quien también era su amigo, a quien le dice en el discurso: “Reclamaste una ley sobre el soborno, que no te faltaba, pues con muchísima severidad había sido escrita la Ley Calpurnia. Se hizo la norma conforme a tu voluntad y dignidad... Reclamaste con insistencia una pena más grave contra la plebe”.⁴ Al principio del discurso le había dicho: “En cuanto a que dicté la *lex de ambitu*, la dicté de modo que no abrogara la que ya antes me había motivado para defender los riesgos de los ciudadanos.”⁵

En estos pasajes se hace alusión a dos leyes: la *lex Calpurnia de ambitu* y la *lex Tullia de ambitu*. La primera fue dictada por Acilio Gabrion y Calpurnio Pisón, en el año 67 a.C.; la segunda, por Cicerón en el año 63.

La *lex Calpurnia*, de acuerdo con lo dicho en el discurso, era una ley más severa de las que hasta entonces habían existido y castigaba a:

1. Quienes hicieran que “por un pago algunas personas fueran al encuentro de los candidatos”⁶ al Campo Marte, es decir, que los rodearan y escoltaran mediante un pago.

³ Santiago Castán, “Corrupción electoral en la República Romana: intereses del populus y la nobilitas en la lucha política”, *Anuario da Facultade de Dereito Da Universidade da Coruña* (Revista jurídica interdisciplinaria internacional) AFDUC, núm. 16, 2012, p. 757.

⁴ *Legem ambitus flagitasti, quae tibi non deerat; erat enim seuerissime scripta Calpurnia. Gestus est mos et uoluntati et dignitati tuae... Poena gravior in plebem tua uoce efflagitata est.* Cic. *Pro Mur.* 46 y 47.

⁵ *Nam quod legem de ambitu tuli, certe ita tuli ut eam quam mihimet ipsi iam pridem tulerim de ciuium periculis defendendis non abrogarem.* Cic. *Pro Mur.* 5.

⁶ *...mercede [conducti] obviam candidatis issent...* Cic. *Pro Mur.* 67.

2. Al candidato que “hubiera proporcionado un lugar para combates de gladiadores por tribus enteras.”⁷

3. Al candidato que “hubiera dado banquetes en público.”⁸

4. Otra fuente, Asconio Pediano, un gramático e historiador romano que escribió comentarios a las obras de Cicerón, señala que también eran perseguidos los que distribuían dinero (*divisores*) para beneficiar a un candidato.⁹

Con todo, a Servio Sulpicio le parecía que estas penas eran muy blandas y presionó a los cónsules, Cicerón y Antonio Híbrida, para que sacaran otra ley más dura. Este es el origen de la *lex Tullia de ambitu*, cuyo contenido era el mismo que el de la *lex Calpurnia*, pero con añadidos que la endurecían:

1. En el párrafo anteriormente mencionado, Cicerón le dice a Servio Sulpicio: “Reclamaste una pena más grave contra la plebe”.¹⁰ Esta expresión indicaba que además de imponer penas a los candidatos, se les imponían también a los agentes pagados, distribuidores de dinero, llamados *divisores*, que daban dinero a personas de la plebe para que salieran al encuentro del candidato y lo escoltaran. Estos agentes pagados eran los que distribuían a los electores, después del voto, el dinero que los candidatos habían confiado a los *sequestres* o tesoreros.

2. “Si un acusado se excusaba de asistir al juicio por causa de enfermedad, se le adjudicaba una pena”.¹¹

3. Pero, sin duda, la pena más grave y la que endurecía a la anterior *lex Calpurnia* era el exilio, establecido por el Senado, pena que le parecía muy dura a Cicerón.¹²

Según Marciano en el libro 1 de las reglas, “el exilio era de tres formas: la interdicción de estar en lugares determinados; la prohibición de estar en todos los lugares, menos en uno determinado; o la imposición de irse a una

⁷ ...gladiatoribus volgo locus tributim [esset datus]. *Idem*.

⁸ ...item prandia si volgo essent data. *Idem*.

⁹ ...poena accessisset in divisores. Asconio Pediano, *Pro Cornelio*, 75.

¹⁰ Poena gravior in plebem tua uoce efflagitata est. Cic. *Pro Mur.* 47.

¹¹ ...morbi excusationi poena addita est. Cic. *Pro Mur.* 47.

¹² ...exilium in nostrum ordinem: concessit senatus postulationi tuae, sed non libenter durio rem fortunae communi condicionem te auctore constituit (el exilio contra nuestro orden; el senado accedió a tu demanda, pero no estableció con agrado una condición más dura para el bienestar común). Cic. *Pro Mur.* 47.

isla, es decir, la *relegatio*".¹³ Esta pena pesaba mucho en el ánimo de los condenados, a veces (que no era el caso con la *lex Tullia*) era con la confiscación de la mitad de sus bienes, a veces con la totalidad; además se alejaban de la familia, de los amigos y quedaban con tacha de infamia, lo cual era terrible para su reputación.

Es por esto que Cicerón utiliza el recurso retórico de la *miseratio*, al final del discurso, para dirigirse al jurado y, aludiendo a la madre de Murena, a su padre y a su casa, les dice a los jueces que en caso de resultar Murena culpable "¿irá al exilio el desdichado? ¿a dónde irá? ¿A las regiones del Oriente en las que realizó grandes hazañas? Pero comporta un gran dolor regresar con ignominia allí mismo de donde con honor te alejaste".¹⁴

Estas dos leyes no surgieron solas en el siglo I a.C., fueron producto y consecuencia de otras anteriores, a las que aludiré enseguida.

En la Ley de las XII Tablas no se encuentra ninguna referencia al delito *de ambitu*, tal vez porque la comunidad era pequeña y, como dice Santiago Castán, porque "quienes se postulaban para las magistraturas eran lo suficientemente conocidos en la comunidad como para contar con los apoyos necesarios y no tener que recurrir a actos deshonorosos o ilícitos que pusieran en peligro la integridad de las elecciones".¹⁵ No está de más mencionar que el rey era elegido por el pueblo de manera vitalicia, era reconocido como la máxima autoridad que representaba el poder político, militar y religioso, y a él competía el poder de nombrar magistrados.¹⁶

Existió una ley muy antigua que puede considerarse la primera en este tema de corrupción electoral, fue la *lex tollendae ambitionis causa*, del 432 a.C., mencionada por Tito Livio. Era un plebiscito que prohibía blanquear intencionalmente la toga de los candidatos.¹⁷ Esto se debía tal vez a que la ciudad había crecido tanto, que el pueblo ya no conocía al candidato, por lo que blanqueando su toga se hacían notar. Es de todos conocido que el candida-

¹³ *Exilium triplex est: aut certorum locorum interdictio, aut lata fuga, ut omnium locorum interdicatur praeter certum locum, aut insulae vinculum, id est relegatio in insulam.* D.48,22,5.

¹⁴ *Ibit igitur in exilium mise? Quo? Ad orientisne partis in quibus... res maximas gessit? At habet magnum dolorem, unde cum honore decesseris eodem cum ignominia reuerti.* Cic. *Pro Mur.* 89.

¹⁵ Santiago Castán, *op. cit.*, p. 774.

¹⁶ Entre las magistraturas que existía en la época de la monarquía estaba la del *Tribunus celerum* (tribuno de los romanos y comandante de la guardia personal del rey) y la del Prefecto urbano (guardián de la ciudad en ausencia del rey); por otro lado, el rey nombraba a los senadores de entre los patricios.

¹⁷ *Placet tollendae ambitionis causa tribunos leges promulgare ne cui album in vestimentum addere liceret* (agrada a los tribunos promulgar leyes para eliminar el delito de corrupción electoral, que no fuera permitido al candidato blanquear la vestimenta). Liv. 4.25.13.

to, para causar buena impresión, iba vestido de toga blanca, en latín *candida toga*, de ahí el nombre de candidato.

La siguiente ley que se conoce está fechada un siglo después, se trata de la *lex Poetelia de ambitu* que fue un plebiscito rogado por el tribuno Gaius Poetelius, en el año 358 a.C. y aprobado por el Senado. Tito Livio señala que este plebiscito se hizo por la ambición de los hombres nuevos (*novorum hominum*) que solían acudir a mercados (*nundinas*) y plazas (*conciliabula*), para ganar fama y obtener votos;¹⁸ es decir, se prohibía hacer campaña electoral. El *homo novus* no tenía linaje, era un político que se habían hecho a sí mismo sin tener el apoyo de una familia consular. Es uno de los argumentos que Cicerón utiliza continuamente en su discurso *Pro Murena* en contra de Servio Sulpicio, el de engrandecer la figura del *homo novus*, pues él pertenecía a esta categoría.

Después de dos siglos, en el siglo II, se tiene noticia de otra ley, la *lex Cornelia Baebia de ambitu* del año 181 a.C., promulgada por los cónsules Cornelius Cethegus y M. Baebius Tamphilus. Tito Livio, sin dar detalles de ella, sólo anuncia que “con la autoridad del Senado los cónsules <Baebio y Cornelio Cethego> presentaron ante el pueblo una propuesta de ley para impedir el fraude electoral”.¹⁹

En el mismo siglo II, en el año 159 a.C., después de la segunda guerra púnica, se promulga una ley de corrupción electoral, a la que Tito Livio sólo hace mención así: *lex de ambitu lata*.²⁰ De acuerdo al año se le ha atribuido a Gneo Cornelio Dolabella y a Marco Fulvio Nobilior, por lo que se le ha identificado como la *lex Cornelia Fulvia de ambitu*, de la cual no se tiene más noticia.²¹

Se duda de la existencia de una *lex Cornelia Sulla de ambitu* del año 81, y se confunde con la *lex Cornelia de ambitu* del año 67, que fue promulgada por el tribuno de la plebe Gaius Cornelius, bajo el consulado de Acilio y Pisón. Ésta prohibía “desempeñar cargos y acceder al senado, e incluso les impusieron (a los culpables) el pago de sanciones económicas”.²²

¹⁸ ...*eaque rogatione novorum maxime hominum ambitionem, qui nundinas et conciliabula obire soliti erant, compressam credebant.* (y creían, con esa petición, que estaba comprendida la ambición de los hombres nuevos que acostumbraban acudir a mercados y plazas). Liv. 7. 15.

¹⁹ ...*legem de ambitu consules ex auctoritate senatus ad populum tulerunt.* Liv. 40. 19.

²⁰ “Fue promulgada una ley contra la corrupción electoral”. Tito Liv. *Perioche*, 47.

²¹ No hay noticias sobre el contenido de estas dos leyes, Cornelia Baebia y Cornelia Fulvia; pero se les ha relacionado con la siguiente, la *lex Cornelia de ambitu* del 67, y con la pena de la prohibición de acceder a cargos públicos.

²² Dión Casio cuenta que, además de castigar a los convictos, se les daban recompensas a sus acusadores. Así Marco Cota hizo destituir al cuestor Publio Opio por soborno; éste fue acusado, a su vez, por el hijo de aquél, y se le encontró culpable. Cfr. Dión Casio, 36, 38-41.

Hasta aquí podemos hacer un recuento de penas y prohibiciones que se imponían a los culpables de corrupción electoral, las cuales iban desde la prohibición de blanquear la toga, de hacer campaña en mercados y plazas hasta la de desempeñar cargos públicos.

En este recuento histórico es más fácil entender las dos leyes en las que se centra Cicerón en su discurso y las que tenían vigencia al momento de pronunciarlo, la *lex Calpurnia* del 67 y la *lex Tullia* del 63, las cuales aparte de estar más estructuradas y de definir mejor las prohibiciones y penas, y para cuyo estudio la obra de Cicerón es fundamental, muestran un incremento más severo en las penas.

Después de estas leyes, Pompeyo, quien tuvo un consulado *sine collega*, promulgó la última ley de la República, la *lex Pompeia de ambitu*, del año 52 a.C. De acuerdo con Plutarco, Pompeyo estableció nuevas multas y graves penas contra los que habían sobornado al pueblo, además prohibió los elogios que por costumbre se hacían de los procesados.²³

Augusto dio continuidad a estas legislaciones y aunque por las características de su nuevo gobierno el delito *de ambitu* tendió a desaparecer, él promulgó la *lex Iulia de ambitu* del 18 a.C. que tuvo aplicación en las elecciones de los magistrados municipales. Modestino especifica²⁴ que esta ley no tuvo aplicación debido a que el nombramiento de magistrados competía al príncipe, no al pueblo; pero que si alguien aspiraba en un municipio a una magistratura o a un sacerdocio infringiendo la ley, era castigado, por un senadoconsulto, con cien áureos y la nota de infamia.²⁵

III. EL DELITO *DE AMBITU*

En su discurso, Cicerón primero considera las virtudes que tiene Murena y que lo hacen ser un digno candidato a aspirar la máxima magistratura de la república: el consulado. No pertenece a la nobleza, es un *homo novus* igual que él, por eso se encuentran frases en el discurso como: “El acceso al consulado queda abierto al mérito, no a la nobleza”. Así, el orador nos cuenta que el bisabuelo y abuelo de Murena fueron propretores y que su padre fue pretor en Asia; que condujo un ejército como lugarteniente de Lúculo, tarea en la que

²³ Cfr. Plutarco, *Cat. Min.* 48.

²⁴ *Haec lex in urbe hodie cessat, quia ad curam principis magistratum creatio pertinet, non ad populi favorem. Quod si in municipio contra hanc legem magistratum aut sacerdotium quis petierit, per senatus consultum centum aureis cum infamia punitur.* D.48,14,1 pr.

²⁵ *Quod si in municipio contra hanc legem magistratum aut sacerdotium quis petierit, per senatus consultum centum aureis cum infamia punitur.* D.48,14,1,1.

recorrió Asia y tomó ciudades.²⁶ Como pretor urbano organizó juegos apolinales, espectáculos escénicos y juegos de circo,²⁷ que por ser bien aceptados por el pueblo le daban fama. Menciona que una gran ventaja que lo ayudó a obtener el triunfo en los comicios fue que el ejército con el que luchó en Asia se encontraba en Roma el día de la votación.²⁸ El arpinate está convencido de que Murena será un cónsul no codicioso, que abrazará la paz y que será capaz de enfrentar cualquier asunto.²⁹

Por el contrario, las acusaciones de los opositores, Catón, Póstumo y Servio Sulpicio, sirven como referencia y fuente directa sobre los actos de corrupción que eran castigados con las leyes:

1. Tener *divisores*, quienes repartían dinero a los electores, después de que habían votado; es decir, los que compraban votos.³⁰

2. Tener personas a su alrededor por un pago, para lo cual había una ley específica, la *lex Fabia de numero sectatorum*, que controlaba el número de cortejantes, mencionada solamente por Cicerón en este discurso.³¹ Él disculpa a Murena de esta práctica, diciendo que los hombres humildes (*homines tenues*) tienen un solo modo de agradecer un beneficio (*referendi beneficii*), y éste es el cortejo (*adsectatio*) durante nuestras candidaturas.³²

3. Ofrecer espectáculos públicos y comidas también públicas en tiempos de campaña. El abogado señala la acusación así: “Pero se dieron espectáculos por tribus y se invitó a una comida en público”.³³ La defensa se da argumentando que eso fue hecho por sus amigos y no por Murena, y se queja de que esa acusación le quitó muchos votos.³⁴

4. Ofrecer asientos en el teatro, en tiempos de campaña electoral, por lo que una acusación señalaba que “un amigo de Murena repartió asientos a los de las tribus”,³⁵ seguramente en algún juego gladiatorio en el Circo.

²⁶ Cfr. Cic. *Pro Mur.* 20.

²⁷ Cfr. Cic. *Pro Mur.* 37.

²⁸ *Idem.*

²⁹ A propósito de las habilidades que debe tener un candidato al consulado, Quinto Tulio le señala a su hermano Marco Tulio, cuando éste quiere acceder al consulado, que por ser un *homo novus* él debe tener buena reputación como orador; es decir, en la gloria del decir (*dicendi gloria*) y ser digno abogado de los consulares. Cfr. *Commentariolum petitionis*, 2.

³⁰ Cicerón dice: “lo acusan de tener distribuidores y de retener riquezas”. Cic. *Pro Mur.* 54.

³¹ “Muchos lo cortejaban”. Cic. *Pro Mur.* 71.

³² Cfr. Cic., *Pro Mur.* 70.

³³ “*At spectacula sunt tributim data et ad prandium uolgo uocati*”. Cic. *Pro Mur.* 72.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Cfr. Cic. *Pro Mur.* 73.

5. Salir al encuentro del candidato y rodearlo: “Muchos salieron a su encuentro cuando regresaba de su provincia”.³⁶ Las votaciones se hacían en el campo Marte por lo que Cicerón dice: “Acaso sería criminoso que los hijos en edad adulta y los hombres hayan aceptado dirigirse al Campo Marte de día y no de noche, especialmente si fueron invitados por un varón de tal dignidad?”³⁷

6. Otro tipo de corrupción era tener un nomenclador, que era un esclavo que decía a su amo el nombre de los ciudadanos que se encuentra a su paso. Cicerón enfrenta a Catón con una contrademanda: “¿Qué decir de que tienes un nomenclador? Con ello engañas y defraudas. “¿Qué decir de esto, que tu esclavo conoce mejor a las personas que tú?”³⁸

IV. EL *SUFFRAGIUM*

Con relación al *suffragium*, éste en un principio se hacía de forma oral. Fue con la *lex Gabinia Tabellaria* del 139 a.C. que se introdujo el sufragio por escrito y en forma secreta, para evitar fraudes. Veinte años después a esta ley, Cayo Mario mandó hacer, en el Campo Marte, pequeños puentes para que los votantes pasaran uno por uno y no fueran interceptados y sobornados, que era otra forma de corrupción.

El Campo Marte era un lugar de esparcimiento, tenía parques y se utilizaba también con fines militares. El ejército acampaba en espera de órdenes, había un espacio para el entrenamiento de carreras de carros y ahí era donde se hacían los comicios.

Es por esta razón que en el *Pro Murena* hay infinidad de menciones sobre el campo Marte, porque hacia allá se dirigían los candidatos el día de las elecciones, y ahí es donde se daba esa práctica de que el candidato iba rodeado de gente “pagada” y donde sus *divisores* rodeaban a los electores para sobornarlos, o donde los electores que ya habían votado recibían su pago.

Cicerón menciona que la gente de Catilina lo atacó cuando iba al Campo Marte por causa de los comicios, pero que él lo desarmó en el foro con sus discursos.³⁹

³⁶ Cfr. Cic. *Pro Mur.* 68.

³⁷ Cfr. Cic. *Pro Mur.* 69.

³⁸ Cfr. Cic. *Pro Mur.* 77.

³⁹ Cfr. Cic. *Pro Mur.* 79.

V. CONCLUSIONES

Debemos tomar en cuenta que, por las circunstancias históricas, Cicerón se vio obligado a defender a Murena aunque éste haya cometido tal vez corrupción electoral. Lo hace por la enemistad y peligro que podría ocasionar a la república romana Catilina, quien estaba detrás de la demanda contra Murena. Cicerón, por lo tanto, exagera algunos hechos y minimiza otros, como recurso retórico para ganar el discurso, que por cierto, sí lo ganó.

Entre los argumentos que da Cicerón para defender a Murena, está el de retar a sus contrarios a que prueben sus acusaciones. ¿Cómo probar que los cortejantes son pagados? ¿Cómo comprobar que Murena no ofreció tal comida pública en tiempo de campaña? ¿Cómo comprobar que ofrecer una comida es soborno y no generosidad?⁴⁰ Es decir, las acusaciones de corrupción electoral son difíciles de comprobar.

Se puede uno preguntar si hay noticia de algún personaje acusado y condenado por alguna de estas leyes. Se sabe, por ejemplo, que Publio Cornelius Sila (sobrino de Lucio Cornelio Sila, el dictador) y Publio Autronius Paetus fueron acusados de corrupción y condenados, despojándolos de su cargo consular. Curiosamente, es interesante subrayarlo, Cicerón defendió después a Publio Sila acusado de haber participado en la conjuración de Catilina.

Las penas antes del siglo I a.C., aparte de que se tienen pocos datos de las leyes, eran poco severas. Es al final de la república que se recrudece este deseo de poder y, por tanto, este ambiente de corrupción. La pena que más asustaba y afectaba a los acusados de corrupción era, sin duda, el exilio.

El discurso contiene otros elementos dignos de ser analizados, como por ejemplo, la forma e historia de los sufragios, las características en detalle de la labor de un jurisconsulto (por ser la profesión de Servio Sulpicio) o también la descripción de las características ideales que debe tener un candidato.⁴¹

Lo que se ofrece aquí es un acercamiento al *Pro Murena*, con la intención en todo momento de demostrar que la obra de Cicerón puede servir como fuente para algunos temas jurídicos, en este caso para el de las leyes contra la corrupción electoral. Todos los datos aquí expuestos pueden ser útiles para hacer un estudio comparativo con el derecho actual, en el que podamos constatar, tal vez, que debido a la dificultad de demostrar actos de soborno, los candidatos y partidos políticos, aunque infrinjan la ley, no son castigados.

⁴⁰ Cfr. Cic. *Pro Mur.* 77.

⁴¹ Para este tema sobre las características de los candidatos, es fundamental la obra del hermano de Cicerón, Quinto Tulio, *Commentariolum petitionum*.

VII. BIBLIOGRAFIA

- ASCONIO PEDIANO, *Pro Cornelio* (texto latino consultado en www.atalus.org).
- CASTÁN, Santiago, “Corrupción electoral en la República Romana: intereses del *populus* y la *nobilitas* en la lucha política”, *Anuario da Faculdade de Direito Da Universidade da Coruña* (Revista jurídica interdisciplinaria internacional) AFDUC, 16, 2012, pp. 757-804.
- CICERÓN, *En defensa de Murena*, Versión de Julio Pimentel, 3ª. edición, BS-GRM, México, UNAM, 2012.
- Digesta Iustiniani*, edición de Theodorus Mommsen en *Corpus Iuris Civilis*, I, Dublín-Zurich, Weidmannos, 1970.
- DION CASIO, *Historia romana*, libros XXXVI-XLV, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 2004.
- LINTOTT, Andrew, “Electoral Bribery in the Roman Republic”, *The Journal of Roman Studies*, Cambridge University Press, vol. 80, 1990, pp. 1-16
- QUINTO TULLIO CICERÓN, *Comentariolum petitionum. Estrategias de campaña electoral*, versión de Bulmaro Reyes, Bibliotheca Iuridica Latina Mexicana, UNAM, México, 2007.
- TITO LIVIO, *Ab urbe condita* (texto latino consultado en la página web *Latin Library*).
- WELLINGTON Husband, Richard, “Elections Laws in Republican Rome”, *The Classical Journal*, vol. 11, no. 9, junio 1926, pp. 535-545.

LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO ROMANO Y LA PERCEPCIÓN JURÍDICA DE LOS INDÍGENAS EN EL *CURSUS* DE PEDRO MURILLO VELARDE

Belinda RODRÍGUEZ ARROCHA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La proyección del derecho romano en la obra de Murillo Velarde*. III. *La perspectiva jurídica sobre los indios ante la justicia seglar y eclesiástica*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN¹

El jesuita andaluz Pedro Murillo Velarde y Bravo (1696-1753) adquirió una sólida formación como canonista en Granada y en Salamanca, amén de estudiar filosofía y teología en el colegio jesuita de Alcalá de Henares. A la postre desempeñó la docencia en las cátedras de cánones y leyes concedidas a la primigenia Universidad de Filipinas, fundada por bula de Inocencio X y visada por la Audiencia de Manila en 1648. Desapareció por cédula de 1718, si bien la cédula de 26 de julio de 1730 dispuso la reinstauración de las cátedras de *Instituta* y de Sagrados Cánones; dos en el colegio de San Ignacio de los jesuitas de Manila y las otras dos en el colegio de Santo Tomás de la orden de predicadores. Precisamente la de Cánones de los primeros recayó en Murillo por orden de sus superiores en 1745². Su *Cursus juris canonici, hispani et indici* (Madrid, 1743) cons-

¹ Este trabajo ha sido preparado merced a una Beca de Excelencia para Extranjeros concedida por la SRE del Gobierno de México, con el objeto de realizar una estancia anual de investigación postdoctoral en el Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional Autónoma de México y bajo el asesoramiento del Dr. Jorge E. Traslosheros Hernández.

² Díaz de la Guardia y López, Luis, “Pedro Murillo Velarde y Bravo”, en Murillo Velarde, Pedro, *Curso de derecho canónico hispano e indiano*, México, Colegio de Michoacán-UNAM, 2004, vol. I, libro I, pp. 83-87. También, del mismo autor, el artículo “Datos para una bio-

tituyó una excelente aportación a la literatura jurídica indiana y a la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen.³ Ha de tenerse en cuenta que en Filipinas la producción bibliográfica colonial de los siglos XVI-XVIII constituyó mayoritariamente una labor de los eclesiásticos, en un área geográfica en la que el número de criollos, mestizos y españoles fue reducido. Sus centros docentes solían utilizar sobre todo obras aceptadas en las universidades y seminarios de la Península Ibérica. En el ámbito jurídico, además de Pedro Murillo y Velarde, autor también de una pragmática *Práctica de testamentos* (México, 1765)⁴ y de *Geografía histórica de las Islas Philipinas, del África y de sus islas adyacentes* (Madrid, 1752), destacó el dominico Juan de la Paz, que publicó *Consultas y resoluciones varias, theologicas, jurídicas, regulares y morales* (Sevilla, 1687).⁵

II. LA PROYECCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN LA OBRA DE MURILLO VELARDE

1. *La enseñanza del derecho romano en las Universidades hispánicas del siglo XVIII*

El rey Alfonso XI había auspiciado en el Ordenamiento de Alcalá (1348) la docencia del derecho romano, estableciendo además el conocido orden de prelación de las normas aplicables a Castilla, refrendado por Carlos V para las Indias en 1530. En el territorio americano tendría lugar la aplicación, por una parte, del derecho de Castilla, considerado derecho común y subsidia-

grafía del jurista Pedro Murillo Velarde y Bravo”, *Espacio, Tiempo y Forma, Historia Moderna*, España, Serie IV, 2001, t. 14, pp. 407-471 es sumamente interesante en cuanto presenta un esclarecedor estado de la cuestión acerca de su trayectoria biográfica e intelectual, habiendo sido además calificador del Santo Oficio y primer procurador provincial de las Filipinas de la Compañía de Jesús ante las cortes de Madrid y Roma.

³ Otras ediciones del manual están contempladas en Luque Talaván, Miguel, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, CSIC, España, 2003, pp. 517 y 518.

Para un mejor conocimiento de la relevancia de Murillo Velarde en el ámbito de la literatura jurídica indiana del siglo XVIII, véase Barrientos Grandon, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 43, 68, 69, 166 y 224.

⁴ Díaz ha señalado que su *De testamentis* ya había sido dado a la imprenta en 1732. Véase Díaz de la Guardia, Luis, *op. cit.*, nota 2, p. 441.

⁵ Sánchez, Cayetano, “Filipinas: Labor socio-cultural de la Iglesia”, en Borges, Pedro (dir.), *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (siglos XV-XIX)*, España, Biblioteca de Autores Cristianos-Quinto Centenario-Estudio Teológico de San Ildefonso de Toledo, 1992, vol. II, pp. 744-747.

Una síntesis sobre el archipiélago en la época colonial vino constituida por Molina Memije, Antonio M., *América en Filipinas*, España, MAPFRE, 1992.

rio —que incluía el legado jurídico romano, canónico y en menor medida germánico—, y, por otra, de la legislación real promulgada para Indias, y, asimismo, de las leyes, usos y costumbres indígenas, aprobados por el citado monarca Habsburgo en la medida en que no fuesen contrarios a la fe católica, al derecho natural o a la legislación real indiana.⁶ A semejanza de lo acaecido en la Península Ibérica, el derecho romano consagrado en el *Corpus iuris* era valorado en calidad de doctrina de razón y equidad.⁷ Es pertinente señalar que Juan López de Palacios Rubios, cuando diserta sobre los problemas derivados de la incorporación de los territorios americanos a la Corona de Castilla, en su *De las Islas del mar Océano* acude a las fuentes del derecho civil y del derecho canónico. Entre las primeras cabe hacer alusión al *Digestum, Codex, Instituta, Authenticae, Novellae* o a las Siete Partidas⁸. El influjo justinianeo y la labor de los glosadores se aprecian nítidamente en esta obra en lengua vernácula⁹. El romanismo es asimismo una característica fundamental de las glosas de Gregorio López.¹⁰

En lo concerniente a la fundación de centros con categoría universitaria en Indias —Universidades o academias facultadas para otorgar grados—, ha de tenerse en cuenta que la mayor parte de ellos estuvieron regentados por dominicos, jesuitas y agustinos. Los estatutos de la Universidad de Salamanca constituyeron el modelo de los centros indianos. Concretamente, en los estudios de derecho los planes se hallaban vertebrados en torno al derecho civil y al derecho canónico.¹¹ La enseñanza del derecho romano no implicaba el estudio de la totalidad del *Corpus*, sino que desde el siglo XVI las lecturas aparecían determinadas en los estatutos académicos. Las materias elegidas versaban preferentemente sobre cuestiones de interés para la práctica judicial de la época, como las sucesiones, la compraventa, la posesión, la enfiteusis, etc. En virtud del contenido del texto, el catedrático definía los rasgos de la figura jurídica, distinguía las situaciones a las que hacía referencia, planteaba los posi-

⁶ Para una profundización en la bibliografía relativa al derecho y el pensamiento jurídico en Nueva España en el período colonial véase: Soberanes Fernández, José Luis, *Ensayo bibliohemerográfico y documental de historia del derecho mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

⁷ Espitia Garzón, Fabio, *Historia del Derecho Romano*, 4ª ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 709-711.

⁸ Luque Talaván, Miguel, *op. cit.*, nota 3, p. 90.

⁹ Margadant, Guillermo F., *La segunda vida del Derecho Romano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, p. 217.

¹⁰ *Ibidem*, p. 225.

¹¹ Véase la organización de las cátedras en Rodríguez Cruz, M^a Águeda, *La Universidad en la América Hispánica*, España, MAPFRE, 1992, pp. 322-330.

bles conflictos y soluciones, ofreciendo una conclusión, en un contexto histórico de pluralidad jurídica.¹² Finalmente, un auto acordado de 1741 propugnó la introducción del derecho real en las facultades, sin suplantación del derecho romano y con vistas al conocimiento de las concordancias y diferencias existentes entre ambos ordenamientos jurídicos.¹³ Las primeras cátedras de derecho real se fundarían en las Universidades de Salamanca y de Valladolid a partir de la implantación de los planes de 1771 y años siguientes. En virtud de las reformas, la enseñanza del derecho romano se impartiría durante los cuatro primeros años de los estudios legales, tras los cuales los alumnos se graduarían de bachilleres. El derecho real ostentaría el protagonismo en los estudios de licenciatura. En la centuria referida, con vistas a la mejora de los conocimientos relativos al derecho real en Indias, tuvo lugar la fundación de academias de práctica forense, como la Academia Carolina de Practicantes juristas en Chuquisaca (1776) y la Academia de Leyes Reales y Práctica forense en Santiago de Chile (1778). En las Facultades de Leyes o de Derecho Civil eran estudiadas fundamentalmente las obras de Justiniano, sobre todo las Instituciones.¹⁴ Campomanes había considerado que la combinación del estudio sistemático del derecho romano y el profundo conocimiento del derecho

¹² Alonso Romero, María Paz, *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp. 401-404.

Esta monografía constituye una interesante y necesaria revisión a las distinciones otrora planteadas entre la enseñanza legal de los siglos XVI y XVII y la impartida en las últimas décadas del siglo XVIII.

¹³ Para una profundización en la problemática relativa a los estudios de leyes en la primera mitad del siglo XVIII, véanse principalmente, entre otros trabajos: Alonso Romero, María Paz, “Del amor a las leyes patrias y su verdadera inteligencia: a propósito del trato con el derecho regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, España, 1997, t. LXVII, vol. 1, pp. 529-549; Peset Reig, Mariano, “Derecho romano y derecho real en las Universidades del siglo XVIII”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, España, 1975, t. XLV, pp. 273-339; Peset Reig, Mariano y Peset Reig, José Luis, *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca. Plan General de Estudios dirigido a la Universidad de Salamanca por el Real y Supremo Consejo de Castilla en 1771*, España, Universidad de Salamanca, 1969 y Peset Reig, Mariano y Peset Reig, José Luis, *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, España, Taurus, 1974. Asimismo la contextualización social de los estudios jurídicos en las Universidades indianas y peninsulares viene dada en varios trabajos comprendidos en Peset, Mariano y Albiñana, Salvador (coords.), *Claustros y estudiantes. Congreso internacional de historia de las universidades americanas y españolas en la edad moderna*, España, Universidad de Valencia, 1989, 2 vols. y AA.VV., *Aulas y saberes. VI Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas*, España, Universitat de Valencia, 2003, vol. 2.

¹⁴ Luque Talaván, Miguel, *op. cit.*, nota 3, pp. 155-162. El aparato crítico y bibliográfico de esta obra es muy útil para el estudio de la literatura jurídica que circuló en Indias desde el siglo XVI hasta el siglo XIX.

real contribuirían a la profesionalidad de los estudiantes, comprendiendo mejor los fundamentos jurídicos de la monarquía. No obstante, para los dos primeros años el curso fundamental continuó siendo la *Instituta* y en el segundo se mantuvieron los mismos títulos del *Codex*. El Digesto continuó siendo la base del tercer año. En el cuarto año, se agregaron cursos de derecho civil y real a la cátedra de Volumen o derecho romano. Para la enseñanza del derecho real fue recomendada, en el espacio universitario indiano, la Nueva Recopilación de las Leyes de Indias. En todo caso, el racionalismo metodológico subyacía en los principios y métodos del derecho romano, como ha señalado Siebzechner.¹⁵ Ha de tenerse en cuenta que en el siglo XIX los codificadores Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield recibieron formación académica en Facultades de Derecho, donde estudiaron el susodicho ordenamiento antiguo. Los libros de lectura más frecuente fueron los de Arnaldo Vinnio y Juan Gottlieb Heineccio. Incluso Juan Sala defendía el estudio del derecho romano en su *Sala Mexicano* (1845). Subrayaba su importancia, en la línea de juristas como Joaquín F. Pacheco. Uno de los factores que contribuyeron al arraigo de este derecho en Indias fue el conocimiento del latín. No en vano varias obras latinas fueron impresas en el Virreinato de la Nueva España durante el siglo XVI. En el Colegio Imperial de Santa Cruz, en Santiago Tlatelolco, se difundió el conocimiento de las lenguas griega y latina, así como la lectura de Aristóteles, Ovidio, Horacio, Virgilio, etc. Fue la lengua obligatoria de las cátedras americanas, con la excepción de la Medicina. Fue, por ende, un idioma imprescindible para el estudio del derecho y la lengua franca entre la comunidad de los juristas. Asimismo, en los siglos XVI y XVII también destacó el conocimiento de las lenguas italiana y francesa entre las personas de encumbrada posición.¹⁶ Los juristas indianos fundamentarían sus aseveraciones en el derecho romano, canónico y real. En lo que concierne a las citas que realizaban de los autores, desde el siglo XVI hasta bien avanzado el siglo XVIII la mayoría de referencias provenían de obras de juristas del derecho común, que eran los glosadores, comentaristas, tratadistas, consiliaristas, decisionistas, controversistas, alegacionistas, prácticos, comentaristas de legislación real, humanistas y teólogos juristas. A mediados del siglo XVIII, comenzó el declive de las citas a los glosadores y comentaristas, primando las menciones a los autores regalistas. Los juristas y teólogos indianos estudiaron con

¹⁵ Siebzechner, Batia B, *La Universidad Americana y la Ilustración. Autoridad y conocimiento en Nueva España y el Río de la Plata*, España, MAPFRE, 1994, pp. 167-170.

¹⁶ Luque Talaván, Miguel, *op. cit.*, nota 3, pp. 147-150.

suma atención las obras de los autores clásicos y de los juristas europeos, en las bibliotecas propias o custodiadas por otros poseedores.¹⁷ Durante el período colonial destacaron en diferentes enclaves americanos algunos comentaristas de derecho romano, como, en el siglo XVII, Feliciano de la Vega, Juan Suárez de Mendoza, Francisco Jaraba y Buitrón y Fernando de Pedrosa y Meneses.¹⁸

2. *La proyección del derecho romano en el Corpus*

La prolijidad de las citas a los juristas romanos a lo largo de la voluminosa obra conlleva que debamos decantarnos en esta ocasión por el examen de la didáctica disertación que Murillo hace acerca de los fundamentos y la transmisión del derecho romano. En primer lugar, es de suma relevancia el contenido del preámbulo e introducción a la colección de derecho canónico, hispano e indiano. En sus páginas el derecho romano cobra notoria relevancia. Destaquemos, a modo de ejemplo, la explicación concerniente a la composición del *Corpus iuris civilis*, de gran vigencia en las aulas de la época de Murillo, como él mismo atestigua. Este derecho constaba del *Digestum*, en el que Justiniano había reunido y clasificado en 50 libros las respuestas de los antiguos jurisconsultos. A su vez, estaba dividido en tres volúmenes: el *Digestum vetus* —de veinticuatro libros—, el *Infortiatum* —que contenía las leyes acerca de los testamentos y las últimas voluntades, abarcando catorce libros—, y, finalmente el *Digestum novum*, compuesto por doce libros. Asimismo las pandectas eran definidas por ser los Digestos en lengua griega, conteniendo las discusiones y decisiones legítimas, como había afirmado Nebrija. Era necesario tener en cuenta que los Digestos se citaban con la mayúscula D, la “pi” griega o la doble f. Esta última modalidad se había reafirmado entre los juristas por error, ya que derivaba de la equivocación de los copistas, que habían confundido la letra griega —la inicial de *pandectae*— por la doble f. Murillo procede a la inclusión de ejemplos de citas correctas de las leyes y cánones, incluyendo las divisiones en párrafos y versículos.

La segunda parte del derecho civil era el *Codex*, que contenía los rescriptos de los emperadores y las constituciones, sumando un total de doce libros. Aclara que sus leyes se citaban con la mayúscula C, pero que si alguna ley

¹⁷ *Ibidem*, p. 138.

¹⁸ Barrientos Grandon, Javier, *op. cit.*, nota 3, pp. 92-94. Para profundizar en el conocimiento del uso del derecho romano en la enseñanza legal y práctica judicial indiana en general y novohispana en particular, véanse las páginas 105-117, 136 y 229-233.

era tomada de los tres últimos libros, se añadía el número del libro correspondiente.

La tercera parte estaba conformada por el volumen *Authenticorum*, dividido en nueve *collationes*. En su redacción habían sido reunidas las constituciones de Justiniano redactadas después de la conformación del *Codex* y recibían el nombre de *novellae*. En los años de redacción del manual, la forma más frecuente de citarlas era con la inclusión de la abreviatura Nov. En total sumaban ciento sesenta y ocho. Desde el *Authenticorum*, algunas leyes llamadas *Authenticae* fueron trasladadas al *Codex*, si bien también eran denominadas del mismo modo las que no habían sido trasladadas. En sus citas figuraba la abreviatura “Auth”. En el *Authenticorum* también habían quedado incluidos dos libros sobre los feudos, trece edictos de Justiniano y algunas constituciones de otros emperadores, entre otras disposiciones.

La cuarta parte del derecho civil contenía las Instituciones justinianas, conformadas por un compendio de leyes, dividido en cuatro libros. Explica Murillo que en tiempos de Justiniano existían tres códigos diferentes: el gregoriano, el hermogeniano y el teodosiano. Fueron abrogados por la autoridad de Justiniano y se procedió a la compilación del *Codex*, y con posterioridad, a los Digestos y las Instituciones. Asimismo el Código fue enmendado y legado a las posteriores generaciones de juristas. Era conocido por ser *repetitae praelectionis* —de repetidas explicaciones—. Las Instituciones no eran citadas por leyes, sino por párrafos, escribiendo primero el principio o el número del párrafo y a continuación el título.¹⁹ Podemos constatar que en el transcurso de la disertación jurídica acerca de los diversos delitos, Murillo contempla disposiciones fundamentales como la ley Aquilia, la ley *Cornelia de sicariis et veneficiis*, la *Cornelia de iniuriis* y la *Cornelia testamentaria*.²⁰ En este sentido, explica con detenimiento los postulados romanos acerca de la falsificación de los documentos,²¹ las injurias y los daños, habiendo estudiado exhaustivamente las Instituciones.²²

¹⁹ Murillo Velarde, Pedro, “Notitia juris praeambula et introductio ad collectionem Juris canonici, hispani et indici”, *Cursus juris canonici hispani et indici/Curso de derecho canónico hispano e indiano* (ed. bilingüe de varios autores), México, UNAM-El Colegio de Michoacán, 2008, pp. 4 y 5.

²⁰ Una relevante síntesis sobre el derecho criminal romano viene dada en Espitia Garzón, Fabio, *op. cit.*, nota 7, pp. 219-252. No obstante, todavía es una obra de ineludible consulta el clásico Mommsen, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Verlaganstalt, Austria, 1955. La traducción a la lengua española fue labor del destacado criminalista Pedro Dorado. Esta versión fue reeditada en edición facsímil por Jiménez Gil en Pamplona, España (1999).

²¹ Murillo Velarde, Pedro, *op. cit.*, nota 19, Liber V. Decretalium. Tit. XX, p. 272.

²² *Ibidem*, Liber V. Decretalium. Tit. XXXIV, pp. 309-312.

III. LA PERSPECTIVA JURÍDICA SOBRE LOS INDIOS ANTE LA JUSTICIA SEGLAR Y ECLESIASTICA

1. *Los indios ante los jueces seculares*

En lo que atañe a los indios alcaldes, Murillo remite a la ley 16, título 3, libro 6 de la Recopilación de Indias para declarar que solamente tenían competencia para inquirir, prender y trasladar a los delincuentes a la cárcel del pueblo de españoles del distrito. No obstante, podrían castigar con un día de prisión o seis u ocho azotes al indio que faltase a la misa el día de fiesta, o se embriagara, entre otras faltas semejantes. El castigo debía ser más severo si la embriaguez fuera de muchos individuos.²³

Asimismo, en lo que concierne a los testimonios de los indios presentados en las causas criminales, el jesuita asevera que en los reinos de las Indias, cuando las causas eran graves y era necesario el testimonio de los indios, se requerían más de dos testigos, ya que se les achacaba ser pusilánimes, inconstantes y mendaces. Recordaba que por orden de Francisco de Toledo, virrey del Perú, en aquel territorio fue preceptuado que seis indios contestes no dieran mayor testimonio que un solo testigo idóneo que no fuera indio. Afirma que esta norma no había sido aceptada en todas partes, y expresando sus propios prejuicios, encomienda a los jueces la cautela en la recepción del testimonio, considerando que los indígenas eran fácilmente inducidos a jurar en falso. Contrapone su apariencia sencilla e inocente con su gran capacidad de simulación, hasta el punto de que los compara con una raposa. En esta consideración se remite además al Tercer Concilio de Lima y a autores fundamentales para el estudio de la sociedad y de la actividad judicial en Indias, como Solórzano, Montenegro y Acosta.²⁴ Autor del *Itinerario para párochos de indios*, cuya primera edición data de 1668 (Madrid), Alonso de la Peña Montenegro rigió el obispado de Quito, después de haber ocupado la cátedra de Escritura en la Universidad de Santiago de Compostela. Su obra, vertebrada sobre el derecho canónico y los postulados morales, examina las obligaciones de los doctrineros, las obligaciones y privilegios de los indios y las actuaciones de los doctrineros ante diversos problemas o situaciones.²⁵ El jesuita José de Acosta enseñó Teología en la Universidad en Lima y en el co-

²³ *Ibidem*, Liber I. Decretalium. Tit. XXXII, p. 150.

²⁴ *Ibidem*, Liber II. Decretalium. Tit. XX. p. 291.

²⁵ Vázquez, Isaac, "Pensadores eclesiásticos americanos", en Borges, Pedro (dir.), *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas*, España, Biblioteca de Autores Cristianos-Quinto Centenario-Estudio Teológico de San Ildefonso de Toledo, 1992, vol. I, pp. 416-417.

legio jesuita, del que fue rector. Asimismo había estudiado Artes y Teología en Alcalá y residido en diversas ciudades castellanas y portuguesas antes de marchar a América. Desempeñó también una labor primordial en el tercer concilio limense y desarrollaría también, en sus últimos años —falleció en 1600—, el cargo de rector del colegio de Salamanca. Compuso entre 1575 y 1576 su *De procuranda Indorum salute*, en la que abordó la predicación del evangelio a los indios, su gobierno y la administración de los sacramentos, entre otras cuestiones primordiales. No dudó en denunciar los abusos y atropellos de los que estaban siendo víctimas los indígenas.²⁶ Otro jurista muy presente en las referencias de Murillo a los indígenas será Juan de Alloza, natural de Lima, que perteneció también a la Compañía de Jesús. Ostentó el cargo de superior del seminario de Lima y fue también vicerrector del noviciado. Su obra *Alphabetum morale* fue publicada por primera vez en Lyon en 1665 —un año antes de su muerte— y fue objeto de múltiples reimpresiones europeas. Tenía el carácter de Suma de moral casuística postridentina. Su contenido contempla varios casos observados en el territorio peruano.²⁷ Al mismo tiempo, no podemos pasar por alto la trascendencia de Juan Solórzano y Pereira en el campo de la doctrina jurídica relativa al ejercicio del poder por parte de las autoridades seculares y eclesiásticas en Indias. Fue oidor en Lima y consejero en la corte de Felipe III, quien le encomendó la composición de una obra sobre el gobierno y la legislación de Indias. Además de haber sido gobernador de Huancavelica y fiscal del Consejo de Indias, obtuvo la cátedra de vísperas de leyes e impartió clases en la Universidad de Salamanca.²⁸ Su libro más emblemático es *De indiarum iure*, mientras que en la *Política Indiana* desarrolló de manera más sucinta y en lengua vernácula los contenidos que ya había redactado en latín.²⁹

En lo que atañe al derecho privado, Murillo se remite a la Recopilación y a Solórzano para aludir al estado miserable de los indios como causa de equiparación jurídica con los menores de edad.³⁰ En consecuencia, solamente pueden enajenar o contratar sobre bienes inmuebles y muebles

²⁶ *Ibidem*, pp. 410-412.

²⁷ *Ibidem*, p. 415.

²⁸ García Hernán, Enrique, *Consejero de ambos mundos. Vida y obra de Juan de Solórzano Pereira (1575-1655)*, España, MAPFRE-Instituto de Cultura, 2007.

²⁹ Véanse Solórzano Pereira, Juan de, *Política Indiana*, Henrico y Cornelio Verdussen, Amberes, 1703 y *De Indiarum iure (Liber III: De retentione Indiarum)* (edición de varios autores), Madrid, CSIC, 1994.

³⁰ Para una profundización en la presencia del derecho romano en los debates del siglo XVI acerca de la condición jurídica de los indios, véase: Schipani, Sandro, “El derecho romano en el nuevo mundo”, *Ars Iuris*, México, 1994, 12, pp. 216-226.

preciosos siempre y cuando intervenga la autoridad judicial. También debían contar en los juicios o en el momento de contraer obligaciones, con la asistencia de su protector —que era fiscal de una audiencia real—³¹ o un comisionado. Al igual que los menores, podían pedir la restitución si experimentaban daño.³² Ha de tenerse en cuenta que, desde la perspectiva jurídica, eran consideradas también personas miserables los pupilos, las mujeres con el marido ausente y en duras condiciones, los ancianos enfermos,³³ los huérfanos, las viudas y los individuos pobres en general. Por ellas, los clérigos podían abogar en un juicio secular, al igual que a favor de ellos mismos o de sus parientes hasta el cuarto grado. Fuera de estos casos, no podían los sacerdotes desempeñar las funciones del abogado ante el tribunal seglar.³⁴ La escasa entidad de los bienes llevados a litigio, como acaecía con frecuencia en los pleitos civiles de los indios, implicaba el carácter sumario del proceso, por mor de lo preceptuado en la Recopilación.³⁵ Además, en lo que respecta al uso del papel sellado en los instrumentos judiciales y notariales relativos a los indígenas, debía ser utilizado el sello cuarto. Empero, si faltaban los sellos sobre los pliegos, no concurría causa de nulidad, ya que el propósito de la legislación era el alivio del gravamen. El precio del citado sello, que iba en medio pliego, sería de un cuartillo en la época de redacción del *Cursus*.³⁶ Asimismo, y siguiendo el tenor de las disquisiciones de Montenegro y Solórzano, entre otros, en los testamentos de los indios era suficiente la concurrencia de dos testigos, ya fueran varones o mujeres, aunque no hubieran sido convocados. No era necesaria la presencia del escribano.³⁷ Por otra parte, el intercambio de vidrios, cuchillos y flautas por oro y plata, entablado entre los indios y los españoles, es explicado a partir del hecho de que la rareza aumenta el precio del objeto de venta. En este sentido, algunos bienes de elevado coste serían las piedras preciosas, las monedas antiguas o los animales traídos de tierras remotas.³⁸

Al mismo tiempo, cuando el profesor diserta acerca del miedo como elemento de valoración en el contexto judicial, sostiene que su gravedad ha de atenderse atendiendo a la cualidad del sujeto, teniendo especial incidencia entre los ancianos, las mujeres, los niños y los indios. En todo caso, debía

³¹ Murillo Velarde, Pedro, *op. cit.*, nota 19, Liber II. Decretalium. Tit. I, p. 192.

³² *Ibidem*, Liber I. Decretalium. Tit. XXXV, p. 161.

³³ *Ibidem*, Liber II. Decretalium. Tit. II, p. 216.

³⁴ *Ibidem*, Liber I. Decretalium. Tit. XXXVII, p. 169.

³⁵ *Ibidem*, Liber II. Decretalium. Tit. I, p. 193.

³⁶ *Ibidem*, Liber II. Decretalium. Tit. XXII, p. 305.

³⁷ *Ibidem*, Liber III. Decretalium. Tit. XXVI, p. 536.

³⁸ *Ibidem*, Liber III. Decretalium. Tit. XVII, p. 481.

operar el criterio del juez en la consideración de la levedad o gravedad del miedo.³⁹

2. *De castigos y privilegios: los indígenas ante los tribunales eclesiásticos y los preceptos religiosos*

Es importante señalar que el jesuita, citando a Solórzano, recuerda que los indios estaban fuera del ámbito competencial del tribunal inquisitorial. En el fuero externo, el juicio del delito de herejía había quedado reservado a los obispos. Por otra parte, su participación en los maleficios o prácticas de hechicería debía ser juzgada por los jueces reales, como contemplaba la ley 35, título 1, libro 6 de la susodicha Recopilación.⁴⁰

El profesor cita pertinentemente los privilegios concedidos a los indios, aludiendo a disposiciones clave como la *Constitutio Altitudo*, de 1 de junio de 1537, de Paulo III. En virtud de su contenido, en lo que concernía al matrimonio de los indios, en caso de que antes de su conversión hubieran tenido, conforme a sus costumbres, varias mujeres y no recordaran a cuál de ellas habían recibido primero, debían recibir solamente a una de ellas —a su libre voluntad— con el fin de contraer matrimonio *de praesenti*. En el caso de que recordaran la identidad de la primera mujer recibida, debían despedir a las demás. Asimismo, no excluía de la celebración del matrimonio a los que ya estuvieran casados en tercer grado de consanguinidad o de afinidad —esta concesión implicaría que podrían contraer matrimonio en el tercer y cuarto grados de consanguinidad o afinidad sin tener que acudir ante el juez eclesiástico, como había indicado Alloza.⁴¹ En lo concerniente al ayuno, el pontífice establecía la obligatoriedad de su práctica en la vigilia de la Natividad y de la Resurrección, así como todos los viernes de Cuaresma. Dejaba a la discreción de los indígenas los demás días de ayuno, a causa de su reciente conversión y debilidad. También les concedía la autorización para ingerir, en Cuaresma y en otros tiempos prohibidos, laticinios, huevos y carnes. La prohibición del trabajo servil quedaba establecida para los domingos y los días de Natividad, Circuncisión, Epifanía, Resurrección, Ascensión y Anunciación, entre otros, si bien excluían de este precepto varios días festivos. Considerando la distancia geográfica entre las Indias y la Sede Apostólica, concedía a los jueces eclesiásticos ordinarios la plena y libre facultad de absolver con autoridad

³⁹ *Ibidem*, Liber I. Decretalium. Tit. XL, p. 177.

⁴⁰ *Ibidem*, Liber V. Decretalium. Tit. VII, p. 168.

⁴¹ *Ibidem*, Liber IV. Decretalium. Tit. XIV, p. 75.

apostólica a los recién convertidos en los casos reservados a la citada Sede, aplicándoles una penitencia en la forma acostumbrada y bajo su discrecionalidad.⁴² Sin embargo, Murillo aseverará en otra página de manera contradictoria que los indios también debían abstenerse de comer carne los viernes de todo el año, en conmemoración de la Pasión y los sábados, en honor de la sepultura de Cristo. La excepción a esta norma radicaba en que la fiesta de la Natividad cayera precisamente uno de esos dos días, salvo que hubiera habido voto, observancia regular o devoción inclinada a la abstinencia de ese alimento.⁴³ El ayuno sólo obligaba a los que ya contaran al menos con 21 años y no hubieran llegado a la vejez. Si bien era conveniente que los niños se ejercitaran ya en la práctica, no estaban obligados a observar los ayunos eclesiásticos, debido a su debilidad y a su necesaria nutrición, en virtud de la opinión de Lacroix.⁴⁴ Menciona también que, por concesión de Urbano VIII, los indígenas podían cumplir el precepto de la confesión y de la comunión anual desde el principio de la Cuaresma hasta la fiesta del Corpus y su octava, como había afirmado Alloza.⁴⁵ En síntesis, aclara que los indios, “etíopes”, “chinos” y mestizos solamente estaban obligados a guardar los días señalados con una cruz en los calendarios de las Indias. Además de los domingos, sólo debían respetar obligatoriamente un total de diez días festivos. Si bien los demás días festivos podían trabajar, tampoco podían ser obligados a ello.⁴⁶ Excusaba también a los indígenas de Filipinas de asistir a misa si moraban a gran distancia de los lugares en los que se celebrara.⁴⁷ Murillo también subraya el deber que tenían los párrocos de saber o aprender la lengua de los indios a los que iba a administrar, por mor de la Recopilación de Indias.⁴⁸ Es necesario señalar que un breve de Paulo V, expedido a instancias del monarca y dado en Roma el 28 de abril de 1609, permitía a los indios ganar los jubileos e indulgencias con el solo sacramento de la confesión. Por concesión de Pío IV, podían obtener las indulgencias y jubileos que requerían confesión, comunión y ayuno si cumplían con el arrepentimiento y ayunaban, aunque no dispusieran de confesor, siempre y cuando tuvieran la intención de confesarse pronto, al menos, en el plazo de un mes. Esta consideración es tomada del jurista Alloza.⁴⁹ Por otra parte, los indios que incurrieran en apostasía podían ser absueltos por el obis-

⁴² *Ibidem*, Liber V. Decretalium. Tit. XXXIII, p. 306.

⁴³ *Ibidem*, Liber III. Decretalium. Tit. XLVI, p. 714.

⁴⁴ *Ibidem*, Liber III. Decretalium. Tit. XLVI, p. 715.

⁴⁵ *Ibidem*, Liber V. Decretalium. Tit. XXXVIII, p. 349.

⁴⁶ *Ibidem*, Liber II. Decretalium. Tit. IX, p. 240.

⁴⁷ *Ibidem*, Liber II. Decretalium. Tit. IX, p. 241.

⁴⁸ *Ibidem*, Liber III. Decretalium. Tit. XXIX, p. 566.

⁴⁹ *Ibidem*, Liber V. Decretalium. Tit. XXXVIII, p. 365.

po, según la *Constitutio* de Gregorio XIII, ya abordada por Solórzano.⁵⁰ No podemos obviar que el profesor jesuita aseverará que los indios más perspicaces o “ladinos”, incurrirían en las excomuniones del derecho común si golpeaban a un clérigo. No obstante, no incurrían en ella los que apenas habían oído la propia existencia de la censura o excomunión. Éstos últimos debían ser castigos más con penas corporales que espirituales, como había dispuesto el Concilio de Lima y había asegurado Alloza.⁵¹

La importancia otorgada a la conversión de los indios a la fe católica viene también puesta de manifiesto por la propia Recopilación, en C.15, título 1, libro 1, que preceptuaba que los amos de indios infieles debían enviarlos todos los días a la iglesia para que escucharan el catecismo durante una hora. En el caso de que el señor se lo impidiera, sería privado de su servicio.⁵² Por otra parte, y remitiendo al jurista Barbosa, el color de la piel no inducía irregularidad que impidiera la ordenación sacerdotal. Afirmaba que en las Filipinas de la época eran con frecuencia promovidos a sacerdotes los indígenas, los malabares y los canarines.⁵³ En contrapartida, el profesor alude a la licitud de la guerra contra los indios. La considera justa en la medida en que impidan la promulgación de la fe y la predicación del evangelio en el territorio americano, en un contexto histórico en el que el rey debía proteger y promover la predicación en nombre de la Iglesia. En este ámbito temático, Murillo se remite a Gregorio López y, sobre todo, a Solórzano. Señala, sin embargo, que hacer la guerra para gloria, interés y extensión del dominio constituye una acción injusta y tiránica.⁵⁴

IV. CONCLUSIONES

El manual de Murillo Velarde constituye en la actualidad una obra de referencia para conocer la historia de la enseñanza legal y apreciar la indudable relevancia del derecho romano en la formación de los juristas de la primera mitad del siglo XVIII; realidad que conllevó la redacción de ensayos y propuestas que pugnaban por su mayor relegación en beneficio de la enseñanza del derecho real. Si bien es cierto que este último constituye uno de los pilares que sustentan la disertación del jesuita, consideramos que sus páginas no se suscriben aún a

⁵⁰ *Ibidem*, Liber V. Decretalium. Tit. XXXVIII, p. 356.

⁵¹ *Ibidem*, Liber V. Decretalium. Tit. XXXIX, p. 375.

⁵² *Ibidem*, Liber V. Decretalium. Tit. VI, p. 162.

⁵³ *Ibidem*, Liber I. Decretalium. Tit. XX, p. 103.

⁵⁴ *Ibidem*, Liber I. Decretalium. Tit. XXXIV, p. 157.

la esfera pragmática y regalista borbónica que englobará a los volúmenes publicados en los años sucesivos por otros autores, como los profesores y juristas Jordán de Asso y Miguel de Manuel. Las frecuentes referencias a los autores del *ius commune* que Murillo también incluyó en los diversos libros que componen el curso permiten apreciar una mayor semejanza entre su método y el de los juristas del período de los Austrias, como ya ha afirmado acertadamente Luis Díaz de la Guardia,⁵⁵ que ha señalado también su adscripción a la tradición doctrinal del *mos italicus*. En todo caso, no podemos obviar la formación esencialmente canonista de su autor, merced a la cual pudo exponer solventemente las concordancias entre el derecho canónico, el de Castilla y el de Indias.⁵⁶ Los fundamentos jurídicos y doctrinales relativos a los indios que más frecuentemente fueron utilizados en la redacción de su *Curso* son, como hemos podido observar, la Recopilación de Indias, las diversas disposiciones pontificias promulgadas a lo largo del período virreinal o las obras de Solórzano y Alloza, entre otros destacados juristas del Antiguo Régimen. En líneas generales, el profesor jesuita proyecta la condición “miserable” como motivo principal de las exenciones concedidas a los indios. Su percepción de los pobladores originarios, cristalizada a partir de su experiencia misional filipina, oscila entre el paternalismo y el recelo, en la medida en que, por una parte, les atribuye una débil condición física que les eximiría de algunas obligaciones y, por otra, no duda en mostrar abiertamente su desconfianza hacia sus testimonios.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Aulas y saberes. VI Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas*, España, Universitat de Valencia, 2003, vol. 2.
- ALONSO ROMERO, María Paz, “Del amor a las leyes patrias y su verdadera inteligencia: a propósito del trato con el derecho regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, España, 1997, t. LXVII, vol. 1, pp. 529-549.
- ALONSO ROMERO, María Paz, *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2012.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la*

⁵⁵ Díaz de la Guardia, Luis, *op. cit.*, nota 2, pp. 455-457.

⁵⁶ Díaz de la Guardia, Luis, *op. cit.*, nota 2, pp. 33-94.

- recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato*), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- BORGES, Pedro (dir.), *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (siglos XV-XIX)*, España, Biblioteca de Autores Cristianos-Quinto Centenario-Estudio Teológico de San Ildefonso de Toledo, 1992, vol. I.
- BORGES, Pedro (dir.), *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (siglos XV-XIX)*, España, Biblioteca de Autores Cristianos-Quinto Centenario-Estudio Teológico de San Ildefonso de Toledo, 1992, vol. II.
- DÍAZ DE LA GUARDIA Y LÓPEZ, Luis, “Datos para una biografía del jurista Pedro Murillo Velarde y Bravo”, *Espacio, Tiempo y Forma, Historia Moderna*, España, Serie IV, 2001, t. 14, pp. 407-471.
- ESPITIA GARZÓN, Fabio, *Historia del Derecho Romano*, 4ª ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- GARCÍA HERNÁN, Enrique, *Consejero de ambos mundos. Vida y obra de Juan de Solórzano Pereira (1575-1655)*, España, MAPFRE-Instituto de Cultura, 2007.
- LUQUE TALAVÁN, Miguel, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, España, CSIC, 2003.
- MARGADANT, Guillermo F., *La segunda vida del Derecho Romano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986.
- MOLINA MEMIJE, Antonio M., *América en Filipinas*, España, MAPFRE, 1992.
- MOMMSEN, Theodor, *Romisches Strafrecht*, Austria, Verlangsanstalt, 1955.
- MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. de Pedro Dorado), España, Jiménez Gil, 1999.
- MURILLO VELARDE, Pedro, *Curso de derecho canónico hispano e indiano* (edición y traducción de varios autores), México, UNAM-El Colegio de Michoacán, 2004.
- MURILLO Velarde, Pedro, *Cursus juris canonici hispani et indici/Curso de derecho canónico hispano e indiano* (ed. bilingüe de varios autores), México, UNAM-El Colegio de Michoacán, 2008.
- PESET REIG, Mariano, “Derecho romano y derecho real en las Universidades del siglo XVIII”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, España, 1975, t. XLV, pp. 273-339.
- PESET, Mariano y ALBIÑANA, Salvador (coords.), *Claustros y estudiantes. Congreso internacional de historia de las universidades americanas y españolas en la edad moderna*, España, Universidad de Valencia, 1989, 2 vols.
- PESET REIG, Mariano y PESET REIG, José Luis, *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca. Plan General de Estudios dirigido a la Universidad de Sa-*

lamanca por el Real y Supremo Consejo de Castilla en 1771, España, Universidad de Salamanca, 1969.

PESET REIG, Mariano y PESET REIG, José Luis, *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, España, Taurus, 1974.

RODRÍGUEZ CRUZ, M^a Águeda, *La Universidad en la América Hispánica*, España, MAPFRE, 1992.

SCHIPANI, Sandro, “El derecho romano en el nuevo mundo”, México, *Ars Iuris*, 1994, 12, pp. 207-265.

SIEBZEHNER, Batia B, *La Universidad Americana y la Ilustración. Autoridad y conocimiento en Nueva España y el Río de la Plata*, España, MAPFRE, 1994.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Ensayo bibliohemerográfico y documental de historia del derecho mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política Indiana*, Amberes, Henrico y Cornelio Verdussen, 1703.

SOLÓRZANO Pereira, *De Indiarum iure (Liber III: De retentione Indiarum)* (ed. de varios autores), España, CSIC, 1994.

LAS *RES COTTIDIANAE* EN LA CODIFICACIÓN MEXICANA DE 1928

Carlos SORIANO CIENFUEGOS

SUMARIO: I. *Estructura del Código Civil de 1928*. II. *Contractus-Delictum*. III. *El contrato como categoría dominante*. IV. *Otras fuentes*. V. *Conclusiones*.

I. ESTRUCTURA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1928

En 1917 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sentó las bases de una nueva estructura social para la cual resultaba desfasado el contenido del Código Civil de 1884.

En 1926 fue integrada una comisión redactora de un nuevo código para el Distrito Federal, entre cuyos integrantes puede destacarse a Ignacio García Téllez: en abril de 1928, se presentó una exposición de *Motivos del Código civil* (que pretende traducir un espíritu ‘social’ de la nueva legislación),¹ procediéndose posteriormente a publicar el proyecto en el periódico oficial entre el 26 de mayo y el 31 de agosto del mismo año. Promulgado por el presidente Elías Calles, comenzó a regir el 1º de octubre de 1932.

En relación a su estructura se advierte un rubro de disposiciones preliminares y cuatro libros subsecuentes: de las personas; de los bienes; de las sucesiones; y de las obligaciones, dividido en una primera parte (de las obligaciones en general), y una segunda (de las diversas especies de contratos); a ello se añade una tercera parte sin rúbrica dedicada al concurso de acreedores y a los registros públicos de la propiedad. Respecto del contenido de los artículos

* Profesor de derecho romano, Universidad Panamericana, México.

¹ Como la igualdad jurídica del hombre y la mujer, la incorporación del abuso del derecho, de la responsabilidad objetiva, etc.

se trae a la memoria la opinión de Batiza: “En su forma original, el Código Civil reprodujo literal o casi literalmente, en 2,297 de sus 3,044 artículos, por intermedio del código del 84 y de la Ley de relaciones familiares, 2,578 artículos del código del 70...”² Para el resto del articulado, se tuvieron a la vista las constituciones propia y la de Weimar, y diversos códigos, como el suizo, francés, español, alemán, ruso, chileno, argentino, brasileño, uruguayo y guatemalteco. Entre los doctrinarios, destacan Duguit, Saleilles, Valverde...

Con motivo de las reformas constitucionales que concedieron al Distrito Federal la posibilidad de dictar normas propias a su recién creado órgano legislativo, el texto íntegro de este código mexicano fue promulgado y publicado en el año 2000 como Código Civil Federal, y, por su parte, el Distrito Federal lo publicó como Código propio el mismo año.

Pese a esta promulgación oficial, la estructura de los códigos civiles tanto Federal como del Distrito Federal, es idéntica a la del texto de 1928, respecto de la cual interesa destacar la correspondiente al libro cuarto.

En efecto, el libro cuarto de tales códigos reglamenta la materia de las obligaciones, y —como se ha señalado— se encuentra dividido en tres partes, de las cuales, la primera es de carácter general, y es en la que se centra el presente estudio, en concreto, el título primero que lleva por rótulo el de ‘Fuentes de las obligaciones’.

Como primer capítulo del título referido, el texto sustantivo aborda el tratamiento de los “Contratos”, y continúa con el segundo “De la declaración unilateral de la voluntad”, el tercero “Del enriquecimiento ilegítimo”, el cuarto “De la gestión de negocios”, y el quinto “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”.³

Pese a no contener una clasificación explícita de las fuentes de las obligaciones (como, por ejemplo, ofrece el italiano),⁴ el código de 28 separa la fuente contractual del resto de las extracontractuales, entre las que destaca particularmente, la proveniente de conductas ilícitas.

Desde esta perspectiva, la división y secuencia de los capítulos que integran este primer título y por las que opta el legislador, resulta acorde con la tradición romanista de los derechos europeos continentales, e insertándose en una larga genealogía del pensamiento jurídico, hacen eco, en última instancia,

² Batiza, Rodolfo, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano*, México, Porrúa, 1982, p. 190, n. 85.

³ Hay un capítulo sexto “Del riesgo profesional”, que además de no gozar de aplicación alguna, no guarda relación con esta exposición.

⁴ “1173. *Fonti delle obbligazioni.*— *Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico*”.

de la obra de Gayo,⁵ al punto que nosotros también pudiéramos llamarlo *Gaius noster*, tomando prestadas las famosas palabras del emperador Justiniano.⁶

En este punto, resulta pertinente enfatizar que a diferencia de la doctrina extranjera —en cuyas obras suele destacarse, en primer lugar, la proveniencia romana de la sistemática de las fuentes de las obligaciones, como cuestión relevante que exige algún tratamiento—⁷ los textos nacionales, incluido el que sin duda ha sido el más utilizado por enteras generaciones de juristas mexicanos,⁸ guardan un elocuente silencio sobre los orígenes de esta clasificación.⁹

El propósito de este trabajo, y que al mismo tiempo constituye su justificación, es abordar el olvidado aspecto de hasta qué punto el sistema extrínseco o expositivo de nuestras instituciones, en el caso, el de las fuentes de las obligaciones, es portavoz de una plurisecular y viva tradición romanista, que estando presente en las particiones y divisiones del derecho positivo mexicano, continúa ostentándose como el modelo clásico de la disciplina jurídica.

II. CONTRACTUS–DELICTUM

El Código Civil de 1928 abre el tratamiento de las obligaciones con el tema de las fuentes, dato que ya trasluce un primer aspecto en el que converge la opción del legislador mexicano con la doctrina de Gayo: no se trata solamente de una cuestión referida a la procedencia o génesis de la relación de con-

⁵ Una visión general sobre los cuestionamientos inherentes a la figura de Gayo en Orestano, Riccardo, s.v. ‘Gaio (Gaius)’, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, UTET, 1961.

⁶ Const. Imperatoriam maiestatem, 6 (las citas del *Digesto* y de las *Instituciones* de Justiniano siguen la versión estereotípica de Krüger-Mommsen: *Iustiniani Institutiones* recognovit Paul Krüger. *Iustiniani Digesta* recognovit Theodor Mommsen, retractavit Paul Krüger, Hildesheim, Weidmann, 2000, facsimilar de la 11ª ed. Berlín, 1908).

⁷ Entre otros muchos, Breccia, Umberto, *Le obbligazioni*, Milán, Giuffrè, 1991, p. 98: “La formula accolta dal legislatore del 1942 sembra riportare in auge la summa divisio delle Istituzioni di Gaio...”; Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pp. 10-11: “In the course of our discussion of the origins of liability we have been referring to contractual and delictual obligations. This is the summa divisio obligationum, which Gaius... introduced in his Institutes”.

⁸ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1998, p. 111, que comienza directamente con la definición de ‘contrato’, sin hacer ninguna referencia contextual a la mención en primer lugar de esta fuente por parte del código, ni a sus orígenes.

⁹ Rojina Villegas (*Derecho civil mexicano*, t. V “Obligaciones”, vol. 1 “De las obligaciones en general”, México, Porrúa, 1998, pp. 177-180), omite toda referencia previa al pensamiento de Planiol a propósito de la clasificación de las fuentes de las obligaciones, con la consecuencia de privar a su obra de una riquísima tradición.

tenido patrimonial entre un acreedor y un deudor, pues aunque ciertamente la alusión al ‘nacimiento’ de una obligación está contenida en la semántica de la expresión ‘fuentes’, esta dimensión cronológica no es la arista que desea destacar el plan expositivo de Gayo, ni los códigos civiles que retoman su pensamiento.

Comenzar el tratamiento de las obligaciones con el tema de sus fuentes se resuelve en la afirmación de un principio estructural, pues establece una primera y fundamental división entre ellas. En otras palabras, podría decirse que como premisa del estudio de este apartado del derecho patrimonial, está el hecho de que hay obligaciones que se crean con base en un contrato, y otras que no, es decir, hay una dicotomía básica entre obligaciones contractuales y obligaciones no contractuales, o extracontractuales.

En otras palabras, la fuente sirve como criterio de clasificación de las obligaciones. En Gayo, estas cuestiones diacrónicas y sincrónicas se hacen patentes a partir de la lectura del pasaje relativo a sus *Institutiones*, advirtiendo la preponderancia de las segundas:

*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.*¹⁰

En efecto, del pasaje puede afirmarse que hay un aspecto diacrónico cuando Gayo habla de que toda obligación ‘nace’ de una u otra fuente, pero lo verdaderamente importante es que tales son las primeras palabras, es decir, la afirmación introductoria al estudio de la materia (‘ahora pasemos...’), en la cual se actualiza su ‘división fundamental’.

De la misma forma que el pensamiento de Gayo, el texto civil mexicano comienza la reglamentación sobre las obligaciones, consagrando un primer título a sus ‘fuentes’, lo que igualmente debe entenderse como opción que obedece a criterios sistemáticos, especialmente teniendo en cuenta el fondo racionalista del proceso de codificación.

Hay, por tanto, una primera clasificación de las obligaciones, que atendiendo a su fuente, las distingue en dos especies, una contractual y otra no contractual, identificada en las *Institutiones* de Gayo con los delitos, o ‘hechos ilícitos’ en el contexto actual.

En efecto, el género —en el caso, la obligación— debe incluirse como primer elemento de la definición, y simultáneamente representa la esencia de aquello que se define y que puede ulteriormente dividirse en especies, en

¹⁰ Gai. 3,88 (versión de las *Fontes iuris romani antejustiniani*, pars altera, Avctores, editid Baviera, Florencia, Barberà, 1940).

el caso, las que provienen de contrato, y las de delito (o hecho ilícito, en la nomenclatura moderna).

Que este procedimiento divisorio en géneros y especies haya sido incorporado al pensamiento jurídico romano, específicamente con el propósito de crear sistemas expositivos es una cuestión fuera de toda duda,¹¹ por lo cual puede afirmarse que en el empleo de la expresión ‘*summa diuisio*’ por parte de Gayo, ésta cumple una función didáctica y tendencialmente sistemática, es decir, estructural y no simplemente genética, de suerte que toda diferenciación sobre las obligaciones, debe partir y entenderse en función de la caracterización que ofrece la fuente respectiva (... *quarum summa diuisio in... species diducitur: omnis enim obligatio uel ex... nascitur uel ex...*), teniendo como criterio de la distinción que la *obligatio* sea un efecto querido por las partes (acto lícito), o bien sea el resultado de una sanción del ordenamiento ante una conducta reprochable (hecho ilícito).

III. EL CONTRATO COMO CATEGORÍA DOMINANTE

Al señalar que toda obligación nace o de contrato, o de delito, Gayo presenta tales categorías como recíprocamente excluyentes, es decir, la noción del primero es incompatible con la noción del segundo.

Esta imposibilidad de subsumir una categoría en la otra descansa en un elemento definitorio, o propiedad característica, que hace pensar en dos especies distintas que integran el género de las obligaciones: mientras que los contratos son siempre actos lícitos, en el caso de los delitos, en todo supuesto se está frente a un caso de ilicitud.

El Código Civil reproduce esta dicotomía al dedicar sendos capítulos del primer título del libro cuarto a los contratos (capítulo primero) y a los ‘actos ilícitos’ (capítulo quinto).

Podría decirse que si una determinada fuente de obligaciones puede adscribirse a la categoría de los contratos, no sería dable, por definición, que se agrupara simultáneamente en la de los ilícitos.

Colocándose en este extremo, la dicotomía ‘contrato – delito’ propuesta por Gayo ofrece una no escasa dificultad, surgida a consecuencia de la sola contraposición entre la licitud del primero y la ilicitud del segundo: en efecto, mientras que el delito puede muy bien definirse a partir de su ilicitud,

¹¹ Entre la doctrina, véase especialmente Talamanca, Mario, “Lo schema ‘*genus-species*’ nelle sistematiche dei giuristi romani”, en *Colloquio italo-francese sulla filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1977, t. II.

la categoría del contrato no puede delimitarse exclusivamente a partir del atributo de la licitud.

En otras palabras, mientras que la fenomenología de los hechos lícitos, en tanto que encaminados a la creación del vínculo obligatorio pueden asumir una muy amplia variedad de tipos, la de los ilícitos, a los que la obligación se articula sólo en función sancionatoria, no parece poderse prestar más que a una categoría unificadora, a pesar de las diversas hipótesis concretas que pueden encuadrarse en ella.

El mismo Gayo es consciente de ello, como se advierte a partir de la lectura de un pasaje de sus *Instituciones*, en el que contraponen ambas categorías.¹²

Esta es la causa por la que —a diferencia del delito— la categoría contractual ocupa la primacía dentro de la clasificación de las fuentes de las obligaciones, y por ello es que Gayo, y con base en su pensamiento, los códigos civiles de la tradición europea continental, hacen mención del contrato en primer lugar: porque frente a los actos que están enderezados positivamente a la consecución de un efecto obligatorio, la mención de los hechos ilícitos, aun cuando capaces de producir el mismo efecto, lo alcanzan sólo como resultado de una reacción, lo que los coloca en un plano subordinado.¹³

Los fundamentos de esta primacía sistemática del contrato sobre el delito condujeron a la exigencia de ofrecer una definición de la categoría dominante, es decir, de la contractual.

Al respecto, conviene recordar que la noción de contrato utilizada por el jurista Labeón es cronológicamente la primera que puede identificarse en las fuentes romanas,¹⁴ pero Gayo opta por adherirse a la opinión de otro jurisconsulto clásico, de nombre Sexto Pedio, activo hacia fines del siglo I d. C., postura acogida también por el jurista clásico tardío, Ulpiano.

Según esta inteligencia, requisito *sine qua non* para la existencia de un contrato es el acuerdo entre las partes, la *conventio* en el vocablo empleado en las fuentes, requisito que está presente, en la opinión de Pedio, incluso cuando para el perfeccionamiento del negocio jurídico se requiera de algún otro elemento, como la entrega de una cosa, en los negocios reales (como el caso

¹² Gai. 3,182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. Quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

¹³ Tal es señaladamente el parecer de Tondo, Salvatore, “Classificazioni delle fonti d’obbligazione”, en *Labeo*, Nápoles, Casa editrice Eugenio Jovene, vol. 41, núm. 3, septiembre-diciembre, 1995, p. 372.

¹⁴ D.50,16,19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam ‘agantur’, quaedam ‘gerantur’, quaedam ‘contrahantur’... contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci **σίν· ΙΙαγμα** vocant, ueluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem...*

del mutuo o del comodato, por ejemplo), o la manifestación del acuerdo por medio de determinadas palabras solemnes, en aquellos actos verbales (típicamente, la *stipulatio*).¹⁵

La adhesión de Gayo al pensamiento de Pedio resulta patente en un famoso pasaje de sus *Institutiones* (3, 91), en el que niega que la obligación de restituir lo pagado por error, es decir, el pago de lo indebido, pueda ser reputada como nacida de un contrato.

Este punto presenta a Gayo la ocasión para destacar el elemento fundamental de esta institución, basándolo en la voluntad, en la intención, pues en tal hipótesis, quien entrega para pagar entiende que está procediendo a la extinción de un negocio, más que a contraerlo.¹⁶

El pasaje permite destacar que en la mentalidad de Gayo, el elemento definitorio del contrato es la voluntad tendente a la creación de una obligación, lo cual también es retomado por el texto normativo mexicano objeto de este estudio según se advierte de la lectura de los siguientes artículos:

Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

IV. OTRAS FUENTES

Sin embargo, el mismo pasaje gayano (3, 91) resulta del mayor interés para la superación de la dicotomía originaria, puesto que pone en evidencia un límite de la funcionalidad de la bipartición entre *obligationes ex contractu* y *ex delicto*, lo que se resuelve por el propio Gayo en otra de sus obras, las *Res cottidianae*, mediante la individuación de la nueva categoría de fuentes de la obligación representada por las *variae causarum figurae*¹⁷.

En las *Res cottidianae* —cuya autoría es hoy menos dudosa que en tiempos de Arangio Ruiz—¹⁸ Gayo parece proseguir con el carácter didáctico

¹⁵ D.2,14,1,3 (Ulp. 4 ad ed.) ...*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat...*

¹⁶ ... *sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.*

¹⁷ En D.44,7,1 pr.

¹⁸ La romanística —tras el radical escepticismo de Arangio-Ruiz, Vincenzo, “Ancora sulle ‘res cottidianae’”. Studio di giurisprudenza postclassica”, en *Studi Bonfante*, Pavía, 1, ed.

presente en las *Institutiones*, de modo que la doctrina contemporánea¹⁹ afirma una tendencial complementariedad entre ambas obras, e incluso, para alguno, en esta segunda “resulta bastante verosímil que fueran expuestas, aun con mayor cuidado que en las *Institutiones*, las más clásicas controversias de escuela”.²⁰

Al referirse a la tercera categoría, abierta, que el propio Gayo agrega a su dicotomía original en el texto de sus *Res cottidianae*, Zimmermann opina que la distinción originaria entre obligaciones contractuales y delictivas no representa un fundamento exhaustivo para el análisis de la materia de las obligaciones, es decir, no hay razón para asignarle las rigurosas características de una división lógica, en el sentido estricto y técnico de la palabra.

Para el romanista alemán citado, Gayo ni siquiera se habría propuesto tal objetivo, sino que más bien tuvo presente, al momento de elaborar su *summa diuisio* en el famoso pasaje 3,88 de su obra, un cometido preponderantemente didáctico, de modo de ofrecer una visión panorámica de la disciplina jurídica, en tanto que “... una plenitud sistemática no parece haber sido perseguida”,²¹ lo que parece comprobarse tan sólo algunas líneas abajo, pues el propio Gayo, tras elaborar esta división, discute el supuesto del pago de lo indebido, y expresa decididamente que la obligación de restituir no puede encuadrarse como contractual (ni obviamente como procedente de un delito).

Es así que el texto de las *Res cottidianae* señala la tercera categoría a la que se ha hecho referencia, en estos términos:

*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*²²

Desde nuestro punto de vista, el pensamiento de Gayo, tan asiduo al procedimiento divisorio, en una primera obra utiliza esta técnica para señalar el género —la obligación— y a integrarlo por dos categorías, las especies contractual y delictiva, en una división que además de calificar como fun-

Successori Fratelli Fusi, 1930, pp. 493 ss.— se ha inclinado con mayor decisión hacia el reconocimiento de la autoría de Gayo: Zimmermann, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ Stolfi, E., “Il modelo delle scuole in Pomponio e Gaio”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, ciudad del Vaticano, Pontificia Università Lateranense, 1997, p. 69.

²⁰ Schiavone, Aldo, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Nápoles, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli, 1971, p. 122.

²¹ *Op. cit.*, p. 14.

²² D.44,7,1 pr. (Gai. 2 *aureorum*).

damental (*summa*), se perfila como exhaustiva, si se atiende a las elocuentes palabras *omnis obligatio*.

Sin embargo, debe señalarse que pese a esta alusión al carácter fundamental y exhaustivo de la división, el propio Gayo, al abordar la hipótesis de la obligación de restituir lo que se ha recibido a causa del pago de lo indebido, pone a prueba su clasificación, y no puede adscribirlo a la fuente contractual (menos aún a la delictiva), y ello no tanto por la ausencia del acuerdo (*conventio*),²³ cuanto por echarse en falta la voluntad o intención de crear el vínculo:

*... haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.*²⁴

Este caso es retomado por Gayo en su obra posterior, las *Res cottidianae*, como se lee en el siguiente pasaje:

*Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare uidetur.*²⁵

Su pensamiento se transparenta con elocuencia en el resto de los fragmentos que integran el D.44,7,5, entre los que destaca uno, en atención a que integra junto con el enriquecimiento ilegítimo, otro de los casos que el texto civil mexicano contempla como fuente no contractual de las obligaciones, como es la hipótesis de la gestión de negocios:

Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandato, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandato, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequè invicem

²³ Lo que resultaría acorde con los postulados de Pedio, citado por Ulpiano, también recordado líneas arriba (4 *ad ed.*, D.2,14,1,3): *... nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat un se conventionem...*

²⁴ La ya varias veces citada opinión de Gai. 3, 91.

²⁵ D.44,7,5,3 (Gai. 3 *aurorum*). En Inst. 3,27,6-7, Justiniano reproduce este caso, y lo complementa con otras interesantes consideraciones que, sin embargo, exceden los límites del presente estudio: *Item is cui quis per errorem non debitum solvit quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intellegitur proprie ex contractu obligatus ut, si certiore rationem sequamur, magis, ut supra diximus, ex distractu quam ex contractu possit dici obligatus esse: nam qui soluendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium quam contrahat...*

*experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. Sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur...*²⁶

A partir de esta categoría abierta, corresponderá a los juristas de tiempos de Justiniano elaborar la famosa clasificación cuatripartita de las fuentes de las obligaciones, contenida en las *Institutiones* del emperador, y cuyas palabras se transcriben a continuación:

*Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus...*²⁷

En este punto resulta conveniente recordar que dentro del título de las fuentes de las obligaciones, el Código mexicano de 1928 incluye como primer capítulo, los contratos, y como último, los hechos ilícitos ('actos' en la terminología no muy afortunada del código).

Como se desprende de la exposición, ambas categorías (contrato e ilícito) corresponden al pensamiento originario de Gayo, plasmado en su *summa divisio*, dicotomía verdaderamente trascendental para la historia del derecho en Occidente.

Se trata de los términos básicos de una oposición insustituible, que sirve como fundamento al entero desarrollo y tratamiento de la materia de las obligaciones.

Entre los extremos de esta dicotomía, el legislador mexicano coloca tres fuentes adicionales, a saber, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo y la gestión de negocios.

Sobre el particular, se recuerda que los últimos dos casos son expresamente analizados por Gayo, quien no pudiéndolos encuadrar en la definición de la figura contractual, los coloca convenientemente dentro de las otras varias causas de las que puede surgir una obligación, para formar parte, posteriormente, de la categoría de las obligaciones que nacen "como de un contrato", que Teófilo denominará *quasi contratos*.

Los muy diversos casos de declaración unilateral de la voluntad, por el contrario, no son incluidos por los juristas justinianeos en la sede de los

²⁶ D.44,7,5 pr. (Gai. 3 *aureorum*). Hay un pasaje paralelo en Inst. 3, 27, 1: *Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum: sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria, quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est...*

²⁷ Inst. 3,13,2. A este respecto, resulta también interesante el pasaje correlativo Inst. 3, 27 pr.: *Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.*

cuasi contratos, sino que su tratamiento se concentra, junto con la hipótesis del *votum*, en el D.50,12, llevando por rótulo justamente “*De pollicitationibus*”.

Entre los fragmentos de este libro del Digesto, es posible advertir que también en tales supuestos, se consideraba que, bajo ciertas circunstancias, podía tener lugar el nacimiento de una obligación.²⁸

En todo caso, el hecho de que Justiniano no incorpore estas declaraciones de voluntad al cuadro de los cuasi contratos, no es óbice para poderlas considerar como otras fuentes, en el esquema de las *Res cottidianae* de Gayo, esto es, como causas distintas al contrato y al ilícito que también producen obligación.

V. CONCLUSIONES

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la sistemática de las fuentes de las obligaciones del libro cuarto del Código civil de 1928 tiene como antecedente último, el pensamiento de Gayo, como se refleja en las siguientes cuestiones fundamentales que han sido puestas de relieve a lo largo del presente estudio.

En primer lugar, la configuración del estudio de las obligaciones tomando como punto de partida sus fuentes, lo que debe interpretarse como un plan expositivo (es decir, sistemático), más que como una mención de carácter genético del vínculo obligacional.

En segundo término, la consideración del contrato como fuente primordial, con lo cual se hace hincapié en que frente a los actos que están endeudados positivamente a la consecución de un efecto obligatorio, la mención de los hechos ilícitos, aun cuando capaces de producir el mismo efecto, lo alcanzan sólo como resultado de una reacción, lo que los coloca en un plano subordinado.

En tercer lugar, la consideración del elemento definitorio del contrato como fuente de producción de obligaciones.

Finalmente, el reconocimiento de otras fuentes no subsumibles en las dos categorías comprendidas en la dicotomía ‘contrato-ilícito’, con la importante característica de traducirse en un conjunto abierto, que en el pensamiento de Gayo lleva a la consideración de que las obligaciones nacen o de un contrato o de un ilícito “... *aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”.

²⁸ D.50,12,1 pr.-2 (Ulp. *l. s. de off. curat. rei pub.*): ... *Non semper autem obligari eum, qui pollicitus est, sciendum est. si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione: sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus. et ita multis constitutionibus et veteribus et novis continetur. Item si sine causa promiserit, coeperit tamen facere, obligatus est qui coepit.*

DERECHO PRIVADO

LA PROPIEDAD DEL PETRÓLEO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA. ANÁLISIS ROMANISTA

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El dominio directo del petróleo en el subsuelo.* III. *El dominio directo sobre los mantos petrolíferos en el subsuelo submarino.* IV. *La propiedad del petróleo extraído.* V. *La propiedad del petróleo en las asignaciones y contratos para su explotación.* VI. *Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

Sobre la base de que el derecho es una ciencia, aprovecho los conceptos del derecho romano y de la tradición romanista, principalmente los de propiedad y contratos, para explicar a quién corresponde la propiedad del petróleo de acuerdo con la Constitución mexicana, modificada por la reciente (2013) reforma energética.

Esta forma de interpretar la Constitución mexicana está de acuerdo con el conocido principio de interpretación constitucional que dice que las palabras de significación común se entenderán conforme a su acepción ordinaria, y que las palabras técnicas conforme a su significado específico. Las palabras a las que se refiere este trabajo son las de ‘dominio directo’, ‘propiedad’, que no están definidas en la Constitución, por lo que tienen que entenderse o interpretarse de conformidad con su contenido técnico.

Antes de abordar la interpretación de esos dos términos, haré una breve referencia a la evolución del régimen constitucional en esta materia, que ayudará a comprender mejor la reforma actual.

El párrafo sexto del texto original, sin hacer distinción entre los minerales, por una parte, y el petróleo e hidrocarburos, por la otra, decía

que el aprovechamiento de todos se haría mediante “concesiones”. Posteriormente, cuando se hace la expropiación petrolera, en 1940, el párrafo sexto del artículo 27 se modificó añadiéndole la afirmación de que respecto del petróleo y los hidrocarburos “no se expedirán concesiones”, y que la ley reglamentaria definiría “la forma en que la nación llevará a cabo la explotación de esos productos”. La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, publicada el 18 de junio de 1941 como consecuencia de la reforma, aceptaba expresamente (artículo 14) el otorgamiento de concesiones para almacenamiento y distribución de petróleo, para “refinación y aprovechamiento de gas” y para “elaboración de gas artificial”; y añadía que la Nación llevaría a cabo la exploración y extracción¹ por medio de “contratos con particulares y sociedades”. Se inició así una distinción entre la forma de hacer la exploración y explotación de los minerales y otras sustancias distintas del petróleo, que se hace por medio de concesiones, y las del petróleo y los hidrocarburos, que se hace por medio de contratos. Como hubo supuestos abusos por el otorgamiento de contratos en materia petrolera, se reformó el párrafo sexto en 1960 para establecer que respecto del petróleo no se otorgarían concesiones ni contratos.

Con la reciente reforma energética de diciembre de 2013, se modificó el párrafo sexto para quitar la prohibición de los contratos en materia petrolera y de hidrocarburos, y se añadió un nuevo párrafo, el actual párrafo octavo. El régimen actual está contenido en las siguientes afirmaciones del artículo 27 constitucional:

El párrafo cuarto que dice:

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como... el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos...

(En lo sucesivo me referiré exclusivamente a “petróleo” con la intención de incluir todos los demás hidrocarburos.)

¹ Dice literalmente “explotación”, pero esto se debe a que esta palabra tiene los dos sentidos, el de extracción y el de disposición o aprovechamiento del un bien, pero en el contexto de esa ley, y en atención a la reforma constitucional, no se puede entender aquí la palabras explotación más que en el sentido de extracción.

El párrafo sexto constitucional que dice que el dominio de la Nación sobre los minerales y el petróleo “es inalienable e imprescriptible”.

Y el nuevo párrafo octavo que textualmente dice que la “propiedad” de la Nación del petróleo en el “subsuelo” es “inalienable e imprescriptible”. Pero añade que la exploración y extracción del petróleo podrá hacerse por medio de asignaciones a empresas del Estado y contratos con empresas privadas.

A continuación analizaré en primer lugar que significa el dominio directo del petróleo en el subsuelo, y luego a quién corresponde y cómo se adquiere la propiedad del petróleo una vez extraído.

II. EL DOMINIO DIRECTO DEL PETRÓLEO EN EL SUBSUELO

La Constitución mexicana utiliza dos términos. En el párrafo cuarto habla del “dominio directo” de la Nación sobre el petróleo, y en el nuevo párrafo octavo se habla de la “propiedad” del mismo. Evidentemente que con ambas palabras se expresa el mismo derecho sobre el petróleo, pero el que se usen dos palabras es algo que debe tomarse en cuenta.

La expresión original “dominio directo” corresponde a un concepto elaborado por la ciencia jurídica romanista en relación con el contrato de enfiteusis, que distinguía entre el dominio directo del propietario originario de una tierra, y el dominio útil que tenía el enfiteuta sobre esa misma tierra. Era una manera de indicar una concurrencia de derechos reales sobre una cosa. En la Constitución mexicana no puede ser ese el significado de dominio directo, porque éste es inalienable, de modo que no puede concurrir el dominio directo de la Nación con el dominio útil que pudiera tener sobre el petróleo alguna otra persona.

El uso de la expresión “dominio directo” tiene otra razón de ser. Antes de la Constitución de 1917, los propietarios de las tierras tenían la propiedad de los minerales y del petróleo que hubiera en el subsuelo, los cuales se consideraban, de conformidad con la tradición romanista, como frutos, que al separarse del subsuelo, es decir, al extraerse, se hacían de la propiedad del dueño de la tierra. El artículo 27 de la Constitución mexicana afirmó el “dominio directo” sobre los minerales y el petróleo para indicar que es un dominio o propiedad independiente de la propiedad del suelo donde se ubiquen los yacimientos.

El objeto del dominio directo de la Nación, que la misma Constitución dice que es inalienable e imprescriptible es el petróleo no extraído, el que,

de acuerdo con la terminología del texto original en su artículo cuarto, se encuentre en “mantos”,² es decir, como bien aclara el nuevo párrafo octavo, el petróleo “en el subsuelo”.

Esta afirmación del dominio directo inalienable e imprescriptible sobre los mantos de petróleo produce una concurrencia de derechos de propiedad sobre cosas diferentes, pero necesariamente relacionadas. La Nación tiene el dominio directo sobre el petróleo en el subsuelo, mientras que el propietario o propietarios de las tierras tienen el dominio sobre la tierra donde se ubica el petróleo. La Nación tiene la propiedad del contenido y el propietario de la tierra la propiedad sobre el continente. Se da una situación diferente cuando se trata de yacimientos de petróleo en el lecho submarino, pues ahí no hay un propietario del suelo.³

Esa situación es irregular porque la Nación no tiene posibilidad de extraer el petróleo mientras no tenga derechos sobre el terreno donde se ubica el yacimiento, y el propietario de la tierra tampoco puede extraer el petróleo. La dificultad se resuelve, mediante actos jurídicos expropiatorios, voluntarios o imperativos, que otorgan a la Nación los derechos suficientes sobre los terrenos necesarios para poder extraer el petróleo. Esto hace ver que el dominio directo sobre el manto es algo impracticable, mientras no se tengan derechos sobre la tierra, y que es más conforme con la realidad de las cosas, la consideración del petróleo y minerales del subsuelo como frutos o partes de los inmuebles donde se ubican.

En la tradición romanista, la propiedad es un derecho que se da respecto de cosas específicas, principalmente inmuebles como casas o terrenos, o también respecto de cosas muebles que estén debidamente especificadas, a fin de que puedan ser reivindicadas. La esencia del derecho de propiedad es que el propietario tiene la posibilidad de reivindicar la cosa objeto de su propiedad de cualquier poseedor que la tenga.

La afirmación de que todos los mantos petrolíferos son de la Nación no puede considerarse como afirmación de un derecho de propiedad por varias razones. La primera es que la propiedad es un derecho que se tiene sobre cosas existentes e identificadas, es decir sobre cosas específicas, y la afirmación de que todos los mantos petrolíferos, sin especificar cuáles, son de la Nación es una afirmación vacía de contenido real. No es posible afirmar la propiedad de una cosa que no se sabe si existe. Podría decirse

² El artículo se refiere a “vetas, mantos, masas o yacimientos”, pero respecto del petróleo e hidrocarburos lo más adecuado, dada su naturaleza líquida o gaseosa, es hablar de “mantos”, palabra que tiene la acepción de “capa de material que se extiende sobre una superficie” (*Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, s.v. “manto”, acepción 13*).

³ La situación del petróleo en el lecho submarino, se trata más adelante.

que se tiene la propiedad sobre los mantos petrolíferos una vez que se han localizado y ubicado. Pero aun la propiedad sobre los mantos petrolíferos identificados no puede afirmarse seriamente. Los mantos de petróleo no son cosas específicas que tengan una existencia independiente y que puedan ser reivindicadas. Son físicamente partes del suelo donde se ubican. Se pueden distinguir lógicamente los mantos de petróleo respecto del subsuelo donde se hallan, pero es solo una distinción lógica, pues los mantos son de hecho partes integrantes del terreno. No se puede hablar por lo tanto de un verdadero dominio o propiedad sobre el manto petrolífero mientras permanezca en el subsuelo.

En la tradición jurídico romanista, la consideración de la propiedad de los minerales del subsuelo, y por analogía podría incluirse el petróleo y los hidrocarburos entre ellos, pues no obstante su naturaleza líquida o gaseosa es un material que se encuentra en el subsuelo, se hacía distinguiendo entre la propiedad de la tierra y la propiedad del fruto, que en este caso sería el petróleo. Mientras el fruto está unido a la tierra, no es una cosa distinta de la misma, como no lo es el fruto pendiente de un árbol o la cría en el vientre de una vaca, y por eso no se plantea la cuestión de quién es su propietario. Una vez que el fruto se separa y se individualiza como algo diferente de la tierra, se convierte en un objeto distinto, independiente y con existencia propia, que puede ser objeto de propiedad del dueño de la tierra o de otra persona.

El petróleo puede ser objeto de propiedad hasta que se extrae. Una vez extraído, el petróleo extraído es un bien fungible (otro concepto romanista), es decir un bien que se individualiza por su género y cantidad. Ordinariamente el petróleo se individualiza por un género de petróleo, como la “mezcla mexicana” o el “brent del mar del Norte” y un número de “barriles”. El petróleo extraído del subsuelo mexicano y debidamente guardado en barriles, u otro tipo de contenedores, puede ser objeto de propiedad si se determina el número de barriles y se especifica de alguna manera, por ejemplo marcando los barriles o haciendo referencia al lugar determinado donde se ubican.⁴

La propiedad de ese petróleo que ya no está en el subsuelo no es un dominio “inalienable e imprescriptible”. Lo afirma implícitamente el nuevo párrafo octavo cuando dice que la propiedad del petróleo en el “subsuelo” es inalienable e imprescriptible, por lo que cabe entender que la propiedad del petróleo extraído es, como la propiedad de cualquier otro objeto,

⁴ El caso del gas, dada su naturaleza, es más difícil de especificar, pero podría considerarse debidamente especificado el gas envasado, o también el gas medido en un determinado punto de salida, o almacenado y medido en un determinado depósito.

enajenable. Si el petróleo extraído no pudiera ser vendido, tendría que ser consumido exclusivamente por la Nación, lo cual sería con gran merma del beneficio económico que el petróleo puede producir a la Nación.

Si no puede haber un verdadero de propiedad sobre el petróleo en el subsuelo, ¿cómo puede entenderse entonces la afirmación de que la Nación tiene el dominio directo o propiedad de los mantos petrolíferos?

Para tratar esta cuestión conviene tener en cuenta la distinción romana entre el poder de mando o *imperium*, que corresponde al magistrado, y el *dominium* o propiedad que es el poder de disposición de una cosa y que corresponde al ciudadano.

El *imperium* es un poder amplio que ejerce el magistrado directamente sobre las personas, pero que se ejerce, no para beneficio personal de los gobernantes, sino para el bien del pueblo o bien común. Es un poder que contiene el derecho de propiedad, pues la propiedad, para que lo sea, tiene que estar protegida por el poder político, y solo con esa protección el propietario de una cosa puede reivindicarla de cualquiera que la tenga. La propiedad es un derecho subordinado al poder político, y, por lo mismo al bien común. Por eso, el *imperium* del magistrado romano contenía la posibilidad de atribuir o adjudicar la propiedad a los ciudadanos, como lo hacía, entre otros actos, mediante el denominado *in iure cessio*, y también la posibilidad de extinguir la propiedad privada (expropiación). El magistrado no necesita tener la propiedad de una cosa para adjudicarla a un ciudadano, porque el *imperium* del que es titular le da esa posibilidad.

La propiedad o *dominium*, en cambio, es un poder legítimo (o derecho) que tiene el propietario limitado a la cosa objeto de propiedad, que consiste en la posibilidad de usarla, adquirir los frutos que produce, poseerla y disponer física o jurídicamente de ella, es decir enajenarla total o parcialmente, y el de reivindicarla, es decir de recuperarla de cualquier poseedor que la tuviera.

La afirmación constitucional me parece que cabe entenderla como una afirmación de la soberanía de la Nación sobre los mantos petrolíferos, por la cual se reserva la regulación de la extracción y aprovechamiento del petróleo, así como de la propiedad del petróleo una vez extraído. El ‘dominio directo’ es la soberanía de la Nación, que evidentemente es, como dice el párrafo sexto del artículo 27, “inalienable e imprescriptible”. La propiedad que tiene la Nación sobre el petróleo extraído es la propiedad común de un bien consumible, que permite al propietario, en este caso a la Nación, disponer físicamente del mismo, como insumo para la industria o combustible, o disponer jurídicamente del mismo vendiéndolo.

La soberanía de la Nación sobre los mantos petrolíferos no es un derecho ilimitado. El ejercicio del poder político se hace siempre en beneficio

de la Nación o del “pueblo”, como dice el artículo 39 constitucional. Por lo tanto, la afirmación de la soberanía de la Nación sobre los mantos petrolíferos exige que la regulación de su aprovechamiento y explotación se haga en beneficio del pueblo. En eso consiste la soberanía sobre el petróleo, y no necesariamente en la constitución de un monopolio estatal para el aprovechamiento del petróleo, o en la conformación de un régimen de concesiones privadas o de contratos con empresas nacionales o extranjeras. La determinación del medio más adecuado para explotar el petróleo para beneficio de la Nación depende de muchas circunstancias y es algo que puede ir cambiando con el tiempo, los adelantos tecnológicos, los precios y la demanda del petróleo, etcétera.

El párrafo cuarto del artículo 27, en su versión original, se refería al dominio directo sobre los mantos petrolíferos que están ubicados en el territorio nacional.⁵ En el párrafo tercero del mismo artículo se afirmaba la “propiedad” de la Nación sobre las aguas del mar territorial, aunque precisaba que la tenía “en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional.” Posteriormente, por cambios introducidos al párrafo IV del artículo 27 el mes de enero de 1960, se incluyeron otros bienes como objeto del dominio directo de la Nación: los recursos naturales de la plataforma continental y de los zócalos submarinos de las islas, mencionado ahora al principio del párrafo IV, y se incluyó el párrafo décimo del artículo 27 dice que la Nación “ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del congreso”; como la zona económica exclusiva se refiere a los recursos naturales que existen en el mar, y no a los que están en el subsuelo, no afecta lo relativo a los mantos petrolíferos.

Para concluir este análisis del significado del dominio directo de la Nación sobre los mantos petrolíferos, conviene ahora explicar lo que significa en relación con los mantos petrolíferos ubicados en el subsuelo del mar territorial o de la plataforma continental.

III. EL DOMINIO DIRECTO SOBRE LOS MANTOS PETROLÍFEROS EN EL SUBSUELO SUBMARINO

Para ello es necesario aclarar los conceptos de mar territorial y plataforma continental. Éstos han sido elaborados en tratados internacionales sobre el

⁵ No dice expresamente el artículo que se refiere a los mantos ubicados en el territorio nacional, pero se entiende que es así por el contexto.

mar. Actualmente, el tratado que los rige es La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, Jamaica, 1982), que fue ratificada por México y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 1983.

El mar territorial en la convención citada (artículo 3), se concibe como una franja del mar de una anchura máxima de doce millas marinas⁶ (o náuticas), contada a partir de la “línea de base”, que es la línea de bajamar a lo largo de la costa.

La Convención reconoce que los Estados ejercen su “soberanía” sobre las aguas del mar territorial, pero no que tengan su “propiedad”. La soberanía del Estado ribereño se extiende al mar territorial, al espacio aéreo encima del mar territorial y a su lecho y subsuelo. No obstante, la soberanía del Estado reconocida internacionalmente sobre el mar territorial no es una soberanía plena, pues tiene que ejercerse de acuerdo con lo previsto en esa convención y en otros tratados internacionales (artículo 2-3).

El artículo 27 original, en su párrafo quinto, relativo al dominio sobre las aguas, afirma que “son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional”. Como la convención se refiere a la “soberanía” sobre las aguas y el lecho submarino del mar territorial, se entiende que la Constitución, puesto que reconoce su supeditación en esta materia al derecho internacional, cuando afirma “propiedad” sobre las aguas del mar territorial significa que ejerce soberanía sobre ellas, y también sobre el lecho submarino, aunque no lo diga expresamente, porque así lo afirma la citada convención.

En conclusión, el “dominio directo” sobre los mantos petrolíferos ubicados en el subsuelo del mar territorial, debe entenderse como un derecho de soberanía sobre ellos, regulado por el derecho internacional.

El concepto de ‘plataforma continental’ es otro desarrollo del Derecho Internacional. Se inició cuando, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, el presidente Truman de los Estados Unidos de América declaró el 28 de septiembre de 1945 que “el Gobierno de los Estados Unidos considera los recursos naturales del subsuelo y del fondo del mar de la plataforma continental por debajo del alta mar próximo a las costas de los Estados Unidos como perteneciendo a éstos y sometidos a su jurisdicción y control”. Otros Estados hicieron declaraciones semejantes, por lo que se convocó a una conferencia internacional, que concluyó con la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental (1958). La adición al párrafo IV del artículo

⁶ Se ha convenido que la milla marina o náutica es de 1852 metros, por lo que la anchura del mar territorial equivale a 22.224 km.

27, publicada el 20 de enero de 1960, por la que se incluyó la plataforma continental como objeto del dominio directo de la Nación, se hizo en atención a esa Convención, por lo que el texto de ésta sirve para explicar el contenido de la adición constitucional.

La plataforma continental, de acuerdo con la misma convención (artículo 76), es el lecho y el subsuelo submarino, que se extiende más allá del mar territorial (de las doce millas marinas) y hasta el “borde exterior del margen continental”, o bien (el límite mínimo) hasta las 200 millas marinas⁷ contadas a partir del litoral en la línea de bajamar. Se entendía que la “plataforma continental era como una extensión del continente debajo del mar que concluía cuando súbitamente el mar aumentaba de profundidad, en el punto que se denominaba “borde continental”. Conviene notar que la plataforma continental no es el mar sino el lecho y el subsuelo submarino.

Actualmente, el concepto de plataforma continental es algo diferente como consecuencia de la nueva tecnología de exploración y explotación en aguas profundas y de un nuevo tratado, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982). La plataforma continental, conforme a esta convención (artículo 76), comprende el subsuelo y el lecho submarino que se extiende más allá del mar territorial (de las doce millas marinas) y hasta el “borde exterior del margen continental”, o bien (el límite mínimo) hasta las 200 millas marinas⁸ contadas a partir del litoral en la línea de bajamar. Si un Estado considera que su plataforma continental, que incluye ahora también el “talud y la emersión continental” (artículo 76-3), se extiende más allá de las 200 millas marinas, puede proponer a los otros Estados otro límite pero que no puede exceder de las 350 millas marinas, contadas a partir del litoral, o de las 100 millas marinas contadas desde la línea “isóbota”, que es una línea que se traza uniendo puntos sobre el mar que indiquen profundidades de 2,500 metros.

En cuanto a los derechos que ejerce el Estado sobre la plataforma continental, la convención en vigor mantiene lo que decía la de 1958, que se trata de “derechos de soberanía” en relación con la “exploración y explotación de los recursos naturales” (artículo 77-1), pero que no modifican el régimen internacional de las aguas ni del espacio aéreo (artículo 78), ni dan lugar a impedir el tendido submarino de cables y tuberías (artículo 78). Por recursos naturales se consideran solo los recursos minerales, petróleo e hidrocarburos y otros recursos no vivos del lecho del mar y su

⁷ Las doscientas millas marinas equivalen a 370.4 km.

⁸ Se ha convenido que la milla marina o náutica es de 1852 metros.

subsuelo, y también los “organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias”.

Una limitación prevista en este tratado (artículo 82), que tiene un significado importante para entender que la soberanía sobre los recursos naturales es limitada, es la que señala que si la plataforma continental de un Estado excede las doscientas millas marinas, y hace perforaciones más allá de esa distancia para extraer petróleo u otros recursos, a partir del quinto año de explotación, debe pagar una cantidad equivalente al 1% del valor de lo extraído, que se aumenta cada año hasta llegar al 7%, a una entidad creada por el tratado, que tendrá la función de distribuir equitativamente la cantidades cobradas entre los Estados partes del tratado.

El dominio directo del que habla la Constitución sobre los recursos naturales de la plataforma continental no puede entenderse que tiene el mismo contenido que el que se da sobre los bienes del subsuelo del territorio nacional, porque la plataforma continental y el derecho de los Estados sobre ella son consecuencia, no de una declaración constitucional que afecta y es aceptada por el pueblo mexicano, sino de los tratados internacionales celebrados por muchos Estados; el derecho del Estado mexicano sobre la plataforma continental se rige por lo que dicen los tratados. Aun cuando se haya modificado el artículo 42 constitucional para establecer que la plataforma continental es parte del territorio nacional, no es verdad que lo sea, ni físicamente ni jurídicamente, porque el Estado mexicano no tiene sobre ella una soberanía plena y, por ejemplo, no puede impedir el tendido de cables o de tubería sobre la plataforma continental, como lo podría hacer en el territorio nacional, ni tiene el derecho de impedir el paso de buques por las aguas sobre estantes a la plataforma continental, como sí lo tiene para impedirlo en aguas interiores o en aguas del mar territorial, y tendría que pagar la cantidad arriba anotada (lo que es casi una especie de impuesto) en caso de extraer petróleo más allá de las 200 millas náuticas. Me parece que el alcance que jurídicamente debe darse a la afirmación que hace el artículo 42-IV constitucional de que la plataforma continental es parte del territorio nacional es que la explotación de los recursos naturales situados ahí debe hacerse de conformidad con lo que prescriben la Constitución y las leyes de la materia.⁹

Por lo tanto, el dominio directo sobre la plataforma continental es sólo el derecho reconocido por la Convención del Mar, que es el de ejercer sobe-

⁹ De hecho, la Ley Federal del Mar artículos 57 y ss. habla de la plataforma continental en los mismos términos que el tratado y restringe la soberanía a lo relativo a la exploración y explotación de los recursos naturales.

ranía, en lo relativo a la exploración y explotación de los recursos naturales del lecho o del subsuelo marino, con las condiciones y limitaciones previstas en los tratados.¹⁰

Conforme a lo anterior cabe reiterar que la expresión constitucional de “dominio directo” significa que la Nación ejerce su soberanía sobre los mantos petrolíferos, independientemente de los derechos de propiedad que se tengan sobre los terrenos donde se ubiquen, que es un derecho de soberanía limitado por el bien del pueblo y por los tratados internacionales, y por el cual se reserva la regulación de la extracción y aprovechamiento del petróleo así como la propiedad del petróleo extraído en el territorio nacional, en el subsuelo del mar territorial o en el de la plataforma continental.

IV. LA PROPIEDAD DEL PETRÓLEO EXTRAÍDO

Una vez que el petróleo es extraído y guardado en algún tipo de contenedor, es ya una cosa especificada sobre la cual se puede plantear válidamente la cuestión de la propiedad. ¿Quién es el propietario de los barriles de petróleo?

Para afrontar esta cuestión es necesario tener en cuenta el régimen doble que establece la Constitución y la legislación mexicana al respecto, según se trate de minerales (y otras sustancias) o de petróleo e hidrocarburos. Respecto de los minerales, el artículo 27 constitucional afirma que, al igual que el petróleo, los yacimientos de minerales son del dominio directo de la Nación y que este dominio es inalienable e imprescriptible, pero añade que su aprovechamiento se hace mediante ‘concesiones’, mientras que el aprovechamiento del petróleo se hace mediante ‘contratos’ y ‘asignaciones’.

¹⁰ El artículo 1 de la Ley de Hidrocarburos tiene una posición ambigua respecto de los yacimientos de petróleo ubicados en el subsuelo de la plataforma continental o de la zona económica exclusiva. Por una parte afirma, en su segundo párrafo, que corresponde a la Nación “la propiedad directa, inalienable e imprescriptible de todos los hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del territorio nacional”, pero añade que también la tiene sobre los que se encuentren en el subsuelo de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva. Esto parece responder a la falsa afirmación, presente en el artículo 42 de la Constitución mexicana, de que la plataforma continental y la zona económica exclusiva son partes de territorio nacional. Pero en su párrafo final, el artículo citado de la ley de hidrocarburos, dice que se consideran yacimientos transfronterizos los que están “fuera de la jurisdicción nacional” pero compartidos con otros países de acuerdo con los tratados y especialmente con la Convención sobre el Derecho del Mar; los yacimientos “fuera de la jurisdicción nacional” son los que no están bajo el subsuelo del territorio y del mar territorial, sino en el subsuelo de la plataforma continental, que no es parte del territorio nacional, por eso cabe decir que está “fuera de la jurisdicción nacional”, pero sobre la cual el Estado mexicano, de acuerdo con dicho tratado, tiene un derecho a su exploración y explotación.

Esta diferencia tiene su razón de ser en la asignación de la propiedad de lo extraído.

De acuerdo con la Ley Minera, los concesionarios que extraen los minerales y otras sustancias del subsuelo pueden (artículo 19-II) “disponer de los productos minerales que se obtengan” en los “lotes mineros” objeto de la concesión, es decir dicha ley les permite adquirir la propiedad de los minerales extraídos. Esta disposición legal no contradice la Constitución que afirma que el dominio directo sobre los yacimientos de minerales es inalienable, porque la ley se refiere a los minerales extraídos.

Este sistema es conforme con la tradición romanista, en la que se contempla la posibilidad de que el propietario de una tierra ceda a una tercera persona el derecho de apropiarse de los frutos que ella produzca. Esta cesión podría ser onerosa, por ejemplo mediante un contrato de arrendamiento de tierras, que permite que el colono cultive la tierra y haga suyos los frutos, a cambio del pago de un precio o de una parte de los frutos; o podría ser gratuita, por ejemplo mediante la constitución de un derecho real de usufructo. El sistema de concesiones para la extracción y apropiación de los minerales es análogo al arrendamiento de tierras que da al colono el derecho de apropiarse de los frutos, a cambio del pago de algún precio, así como la concesión da al concesionario el derecho de hacer suyos los minerales extraídos a cambio de algún precio y trabajos.

Respecto de la propiedad de los minerales extraídos, en la tradición romanista, el tercero al que se cede el derecho de adquirir los frutos, los adquiere mediante el acto de ‘percepción’ y, no como el propietario, por la simple ‘separación’. Siguiendo esa distinción puede considerarse que los minerales extraídos por el concesionario, una vez separados del subsuelo, son de la Nación como consecuencia de la soberanía que ella ejerce sobre esos bienes, y en cuanto el concesionario los percibe, es decir los recoge y posee del algún modo, adquiere la propiedad sobre los mismos. Este criterio puede ser útil para discernir cuando se termine una concesión quién es el propietario de los minerales; a la Nación el corresponderán los extraídos aun no percibidos, por ejemplo los que estén en los socavones, y al concesionario únicamente los ya percibidos, por ejemplo al almacenarlos o amontonarlos en lugares determinados.

En cambio, respecto del petróleo no hay concesiones, y como dice el nuevo párrafo octavo, su aprovechamiento se hará mediante, contratos o asignaciones, de modo que se requiere un análisis particular del régimen de extracción del petróleo para determinar quién adquiere la propiedad de lo extraído.

El dominio directo de la Nación sobre los mantos petrolíferos, como ya se anotó arriba, es un derecho de soberanía, por el que la Nación se reserva

la regulación de la industria petrolera y la propiedad del petróleo extraído. Pero el petróleo extraído y envasado (especificado) es un bien diferente del petróleo en el subsuelo, y, por lo tanto, es objeto de un derecho de propiedad diferente del dominio directo que tiene la Nación sobre los mantos petrolíferos. El dominio directo, como ya se indicó arriba, es un derecho de soberanía que es necesariamente inalienable; en cambio, la propiedad que tiene la Nación sobre el petróleo extraído es una propiedad común, sobre un bien consumible, que la Nación puede libremente consumir, física o jurídicamente, es decir aprovecharlo como combustible o insumo de productos industriales o bien enajenarlo.

La diferencia entre el dominio directo sobre el petróleo en el subsuelo y la propiedad sobre el petróleo extraído es análoga a la diferencia entre la propiedad que tiene el dueño sobre una cosa productora, por ejemplo, una vaca preñada, de la propiedad que tiene sobre el fruto, sobre la cría. Son dos derechos de propiedad diferentes porque se trata de dos cosas diferentes, que en un tiempo estuvieron unidas, pero que se distinguen al separarse. Y así como el propietario de la vaca adquiere la propiedad de la cría al momento de separarse, adquiere la propiedad por la separación, la Nación mexicana adquiere la propiedad del petróleo que se ha separado del manto petrolífero.

Una vez separado el petróleo del subsuelo, la Nación puede enajenarlo por los medios ordinarios y ser adquirido por las empresas que hicieron los trabajos de extracción, en virtud de asignaciones o contratos, o por otros adquirentes. En adelante, se considerará, qué derecho tienen las empresas asignatarias o contratistas sobre el petróleo extraído.

V. LA PROPIEDAD DEL PETRÓLEO EN LAS ASIGNACIONES Y CONTRATOS PARA SU EXPLOTACIÓN

El régimen constitucional de dominio sobre los hidrocarburos contempla dos medios para hacer la explotación de los yacimientos, que ordinariamente va unida a la exploración. Uno es el dar asignaciones a empresas productivas del Estado y el otro, convenir contratos con empresas o personas privadas. Estas dos posibilidades se pueden combinar, pues una empresa del Estado que recibe una asignación puede hacer contratos con empresas particulares, o inclusive cambiar el régimen ('migrar') de asignación por uno de contratos.

El contenido de los actos jurídicos denominados asignaciones y contratos se esclarece a la luz de la tradición jurídica romanista. En ésta, se dis-

tingue entre el *decretum* del magistrado, como acto potestativo por el que el pretor adjudica la propiedad o un derecho real a una persona (como en la *adiudicatio*) u ordena hacer o no hacer algo (como en un *interdictum*), y el contrato que es un convenio libremente realizado por el cual dos o más partes se obligan recíprocamente. La diferencia principal es que el decreto es un acto imperativo y el contrato un acto libremente contraído.

No obstante la diferencia, es posible que el magistrado, como representante del pueblo romano, celebre contratos respecto del uso o aprovechamiento de bienes públicos, por ejemplo un contrato de arrendamiento (*locatio conductio rei*) para ceder a un colono el uso y disfrute de una tierra pública. El contrato que conviene el magistrado con un particular no tiene una naturaleza jurídica diferente del contrato que hacen dos personas privadas; podrá haber cláusulas y pactos diferentes o específicos porque se trata de la renta de un bien público, y tendrá el magistrado que cumplir ciertas formalidades y requisitos para convenir el contrato, pero se trata siempre de un contrato de arrendamiento de cosa una *locatio conductio rei*; puede ser que el magistrado imponga a la otra parte ciertos pactos y contenido del contrato, y a ese contenido que impone se le llama ‘ley del arrendamiento’, *lex locationis*, pero eso no cambia la naturaleza del acto convencional, pues la persona privada no está obligada a convenir el contrato, sigue siendo libre de contraerlo o no, aunque no pueda modificar ni negociar determinados contenidos. Algo semejante ocurre cuando en un contrato entre dos personas privadas, una impone a la otra cierto contenido, que es considerado como algo inmodificable, una ley privada, *lex privata*, pero el acto de contratar sigue siendo voluntario.

Teniendo esa doctrina romanista en mente, se analizarán ahora el régimen en materia petrolera de las asignaciones, que parecen actos imperativos, y de los contratos, que son actos convencionales.

1. *Asignaciones a empresas productivas del Estado*

La Constitución habla de asignaciones a favor de “empresas productivas del Estado”. Sobre estas empresas, el cuarto párrafo, reformado como parte de la reforma energética constitucional, señala que el Estado mantendrá siempre “la propiedad y el control sobre ellas”, y que la ley respectiva definirá preceptos sobre la administración, organización y funcionamiento de esas empresas, especialmente sobre sus procedimientos de contratación. La empresa productiva del Estado especializada en el aprovechamiento del petróleo e hidrocarburos es Petróleos Mexicanos, pero se pueden otorgar

asignaciones, excepcionalmente, a otras empresas productivas del Estado, como podría ser la Comisión Federal de Electricidad.¹¹ Las asignaciones las otorga el Ejecutivo Federal por medio de la Secretaría de Energía y con la aprobación de la Comisión Nacional de Hidrocarburos. Se otorgan para la exploración o explotación de hidrocarburos. Cada asignación se da respecto de un “área de asignación”, que es una superficie determinada y con una cierta profundidad que define la Secretaría de Energía, en la cual se harán las obras de exploración y extracción.

El asignatario podrá hacer los trabajos por sí mismo, pero también puede contratar con particulares para que ellos hagan ciertos trabajos, siempre que el pago al que el asignatario se obligue sea “en efectivo”, es decir un pago de cantidad de dinero, y no el pago de una cantidad de petróleo o algún otro bien.¹²

El asignatario debe pagar, como contraprestación de la asignación, cierta cantidad de dinero al Fondo Mexicano del Petróleo. Los pagos que debe hacer se regulan en la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, la cual establece que el asignatario debe pagar anualmente, por concepto de “derecho por la utilidad compartida” una cantidad que equivale al 65% de dicha utilidad. Se entiende que se trata de la utilidad que percibe al asignatario por la venta de los hidrocarburos extraídos. La utilidad se calcula sobre la base del valor de los hidrocarburos extraídos menos las deducciones previstas en la ley.¹³ La ley establece también cómo se determina el valor del petróleo y demás hidrocarburos,¹⁴ atendiendo principalmente al precio promedio de exportación por barril de petróleo, o al precio promedio de venta del gas natural o del barril de ‘condensados’. El asignatario debe además pagar un

¹¹ La Constitución señala simplemente que pueden darse asignaciones a otras empresas productivas del Estado; en cambio el artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos dice que solo “excepcionalmente” se darán a otras empresas productivas del Estado, y el artículo 46 de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos dice que las asignaciones se darán a “empresas productivas del Estado cuyo objeto sea exclusivamente la exploración y extracción de hidrocarburos, y que no tributen en el régimen fiscal opcional para grupos de sociedades”. Se ve que en la práctica será difícil, aunque no sea inconstitucional, otorgar asignación a una empresa del Estado que no sea Pemex o sus empresas subsidiarias. Conforme a la Ley de Petróleos Mexicanos, artículo 59, las actividades de exploración y extracción las realiza Pemex por medio de sus “empresas productivas subsidiarias”, que son empresas productivas del Estado y que, por lo tanto, pueden recibir asignaciones y celebrar contratos.

¹² Artículo 9 de la Ley de Hidrocarburos.

¹³ Artículos 39 y ss. de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos.

¹⁴ Artículo 48.

derecho por extracción de hidrocarburos o un derecho por exploración de hidrocarburos.¹⁵

La asignación parece un acto imperativo, por el cual el Ejecutivo Federal ordena (“asigna”) a una empresa pública que realice determinados trabajos de exploración y extracción de petróleo. Pero en realidad es un acto convencional, porque la empresa productiva del Estado, de acuerdo con la Ley de Hidrocarburos, puede ceder o renunciar la asignación,¹⁶ y además porque, de acuerdo con la misma ley, la empresa asignataria tiene la posibilidad de “migrar” al régimen de contratos si, para hacer los trabajos de exploración y extracción de petróleo, se alía con una empresa privada.¹⁷ La empresa productiva del Estado que recibió la asignación pasa a ser contratista en cuanto se alíe con una empresa privada. Parece entonces que la diferencia entre asignación y contrato, no es la diferencia entre un acto imperativo y otro convencional, sino la diferencia en cuanto el modo de contratar con una empresa pública (por decisión unilateral) o con una empresa privada (por medio de un concurso o licitación pública).

Además, la asignación crea entre el Ejecutivo Federal y la empresa pública una relación semejante a la de un contrato, pues, como sucede en todos los contratos, ambas partes quedan recíprocamente obligadas: el Ejecutivo Federal está obligado a ceder el uso y aprovechamiento del área asignada, lo que puede implicar hacer actos expropiatorios a favor de la asignataria, y tiene derecho al 65% de las utilidades; la empresa pública adquiere la obligación de realizar los trabajos de exploración y extracción, vender el petróleo, y tiene derecho a retener el 35% de las utilidades. La relación es equivalente a la de un contrato de arrendamiento de una tierra (*locatio conductio rei*), en la que el arrendador recibe, a cambio de ceder el uso y disfrute, una porción de las utilidades por la venta de los frutos percibidos.

El asignatario una vez que extrae el petróleo y lo separa del manto hace que el petróleo sea de la propiedad común de la Nación (por separación), y ya no un bien objeto del dominio directo. Pero el asignatario está facultado, y además obligado, a vender el petróleo que extrajo y pagar a la Nación el 65% de la utilidad obtenida, como lo dispone la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos (artículo 39). Esto indica que el asignatario está autorizado para adquirir la propiedad del petróleo que extrajo y venderlo a nombre propio. El asignatario adquiere la propiedad del petróleo en cuanto lo en-

¹⁵ Artículos 44 y 45 de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos.

¹⁶ Artículo 8 de la Ley de Hidrocarburos. La Ley no menciona causas que justifiquen la renuncia, por lo que parece que es libre, aunque señala, mismo artículo, que debe ser aprobada por la Secretaría de Energía

¹⁷ Artículos 12 y 13 de la Ley de Hidrocarburos.

vasa o almacena, es decir la adquiere por percepción. Su posición jurídica respecto de los hidrocarburos extraídos es igual a la que tiene el concesionario respecto de los minerales extraídos del subsuelo, que los hace suyos por percepción.

2. *Contratos*¹⁸

El párrafo octavo del artículo 27 constitucional, que contempla la posibilidad de que la Nación ejerza su dominio sobre el petróleo y los hidrocarburos, conviniendo contratos con particulares o con empresas productivas del Estado, no señala condiciones ni contenido de esos contratos, a diferencia de lo que hace respecto de las concesiones mineras a las que fija algunas condiciones en su párrafo sexto; respecto de los contratos para exploración y extracción de petróleo la Constitución deja que la ley reglamentaria los regule completamente.

La Ley de Hidrocarburos¹⁹ tiene un capítulo (capítulo segundo) sobre los contratos de exploración y explotación, donde los trata de manera general, sin precisar las características propias de cada tipo, y se ocupa principalmente de regular los procedimientos de contratación y el contenido general de todos ellos. Ofrece, en el artículo 4, una definición general del “contrato para la exploración y extracción” en estos términos: “Acto jurídico que suscribe el Estado Mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, por el que se conviene la Exploración y Extracción de hidrocarburos en un Área Contractual y por una duración específica”. Es interesante observar que la ley afirma que el contrato lo conviene el Estado Mexicano, siendo que la Nación es quien tiene el dominio sobre el petróleo y los hidrocarburos, por lo que sería más conforme con la Constitución decir que el contrato lo conviene la Nación por medio de la Comisión citada, que es un organismo público, con autonomía, personalidad jurídica propia, que se coordina con la Secretaría de Energía.²⁰

¹⁸ Debe tenerse en cuenta la diferencia entre los contratos que pueden convenir los asignatarios con particulares para que éstos rindan determinadas servicios para apoyar los trabajos de exploración o extracción que hacen los asignatarios (artículo 9 de la *Ley de hidrocarburos*), de estos otros contratos por los que La Comisión Nacional de Hidrocarburos conviene contratos cuyo objeto es directamente la exploración explotación de hidrocarburos (artículos 11 y ss de la misma ley).

¹⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014, es decir con un retraso de más de cien días respecto de lo previsto en el artículo transitorio).

²⁰ Los regula principalmente la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014.

Los contratos, al igual que las asignaciones, se otorgan respecto de un área determinada (el ‘área contractual’) con una profundidad también determinada por la Secretaría de Energía. Se otorgan por medio de una licitación pública convocada por la Comisión Nacional de Hidrocarburos (artículo 23). En un caso especial se permite la adjudicación directa del contrato, sin licitación pública, que es el caso de un concesionario para extracción de carbón mineral al que se le puede dar un contrato para la exploración y extracción de gas natural en la veta de carbón mineral objeto de la concesión.

La ley define el contenido mínimo que deben tener estos contratos (artículo 19), pero el contenido concreto de cada uno lo determina principalmente la Secretaría de Energía (artículos 16-18). A veces se podrá imponer, entre los requisitos para contratar, la participación de Pemex o de alguna otra entidad pública.

La Ley de Hidrocarburos no indica los diversos tipos de contratos que se pueden convenir en esta materia. Los tipos de contratos de exploración y extracción que el Estado puede contratar se previeron en el artículo cuarto transitorio del decreto de reforma del artículo 27 constitucional.²¹ Ahí se habla de cuatro tipos de contratos, que se regulan en la La Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos (publicada el mismo día que la Ley de Hidrocarburos); esta ley, que en principio se refiere (artículo 1) a los ingresos que el Estado recibirá como consecuencia de la exploración y extracción de hidrocarburos por medio de asignaciones o contratos, vino a ocuparse, en un capítulo específico (capítulo 1 del título segundo) denominado “de las contraprestaciones en los contratos”, de explicar esos cuatro diferentes tipos de contratos y las “contraprestaciones”²² que generan a favor del Estado y a favor del contratista. Los expone en este orden: *i*) contratos de licencia, *ii*) contratos de utilidad compartida, *iii*) contratos de producción compartida y *iv*) contratos de servicios.

i) En el contrato de ‘licencia’ (artículos 6 y ss.), el contratista debe pagar cantidades de dinero al Estado por concepto de “bono”, al momento de firmar el contrato, de “cuota”, mientras está en la fase exploratoria, y de “regalías” por cada período de extracción de petróleo previsto en el contrato, cuyo monto se calcula conforme a un método previsto en el artículo 24, y otro pago que se calcula aplicando una tasa al valor contractual de los hidrocarburos extraídos. A cambio, el Estado debe hacer a favor del contratista “la transmisión

²¹ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013.

²² Sería más clara hablar de las obligaciones recíprocas que de las “contraprestaciones”.

onerosa de los hidrocarburos una vez extraídos del subsuelo”, siempre que se encuentre al corriente en el pago de sus obligaciones. Lo que significa “la transmisión onerosa de los hidrocarburos” es que la Nación, que adquiere la propiedad del petróleo extraído, la cede al contratista a cambio de los pagos convenidos (por eso dice “transmisión onerosa”).

Este contrato es en el fondo una compraventa, en que el comprador tiene la obligación de extraer el petróleo que compra, pagar el precio en parcialidades, y el vendedor se obliga a transmitir la propiedad del petróleo extraído, si el comprador ha cumplido debidamente con los pagos.²³ Aplicando las categorías del derecho civil mexicano habría que decir que el contrato de licencia es una compraventa con reserva de dominio, porque la propiedad del bien vendido, el petróleo, no se adquiere por efecto del mero consentimiento, como es la regla general, sino hasta que se haya pagado totalmente el precio. De acuerdo con la tradición romanista, que contempla la compraventa como un contrato meramente obligacional, es un contrato ordinario de compraventa, en el que el contratista adquiere la propiedad del petróleo como consecuencia de la entrega (*traditio*) por causa de compra.

En este contrato, el contratista que extrae el hidrocarburo, a diferencia del asignatario, no adquiere por este hecho su propiedad, pues no está autorizado a ello; de modo que se entiende que el hidrocarburo extraído sigue siendo de la Nación, representada por la Comisión Nacional de Hidrocarburos, la cual tiene la obligación de hacer la transmisión de la propiedad al contratista si ha pagado y cumplido debidamente sus obligaciones contractuales. Esta “transmisión onerosa” de la propiedad del hidrocarburo extraído, se produce por el acto de dejar que el contratista disponga del petróleo, lo cual equivale a una *traditio* o entrega por causa de compra.

ii) En el contrato de ‘utilidad compartida’ (artículo 11), el contratista debe pagar al Estado mexicano una cantidad de dinero como cuota durante la fase exploratoria, otra en concepto de regalías, y otra más que representa un determinado porcentaje de la utilidad operativa,²⁴ que se obtenga por el hidrocarburo extraído; el contratista debe hacer la obra de exploración y extracción y entregar todo lo extraído a un comercializador, que se encargará de venderlo y de entregar el precio recibido al Fondo Mexicano del Petróleo. El contratista recibe un pago en dinero, equivalente a los costos

²³ No es tan inusual una compraventa en la que la obligación del vendedor se limita a dejar que el comprador tome por sí mismo lo que va a comprar; esto sucede en las ventas que se hacen en supermercados, en que el comprador toma las cosas que quiere comprar, o en el compra de una cosecha, en que el comprador asume la tarea de cosechar.

²⁴ Es la utilidad que resulta de restar al valor contractual de los hidrocarburos los costos previstos en la ley (artículo 3-XX).

de la exploración y extracción más el porcentaje que le corresponda de la utilidad operativa que produjo el petróleo extraído y vendido. Este contrato es un contrato de sociedad sin personalidad jurídica, o, según nuestra legislación, de asociación en participación²⁵, entre el Estado, que aporta el área contractual más el petróleo extraído, y el contratista, que aporta su trabajo de exploración y extracción, y ambos se reparten la utilidad obtenida por la venta del petróleo extraído. El contrato se liga con otro por el que el Estado mexicano, por medio de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, contrata a una empresa pública (puede ser Pemex) o privada para que realice la comercialización²⁶ del petróleo extraído a cambio de un precio por ese trabajo.²⁷ La Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos (artículo 3-III) entiende que el comercializador presta a la Nación el servicio de comerciar el hidrocarburo.

En estos contratos, el contratista que extrae los hidrocarburos hace que sean de la propiedad de la Nación por separación, pero él no los adquiere posteriormente, puesto que está obligado a entregarlos al comercializador, quien los vende “por cuenta y orden del Estado”.²⁸ Tampoco adquiere la propiedad el comercializador, porque a él se le entregan los hidrocarburos, no para que los haga suyos (es decir no tiene causa para adquirir), sino para que preste el servicio de comercializarlos. Quien los compra, adquiere la propiedad al serle entregados porque tiene causa suficiente para adquirir la propiedad, que es la compra. El contratista es simplemente un asociado que, a cambio de su trabajo e inversión, tiene derecho a un porcentaje de la utilidad de la venta de los hidrocarburos, que nunca adquiere la propiedad del petróleo extraído, que sigue siendo de la Nación hasta que alguien lo compra.

iii) En el contrato de ‘producción compartida’ (artículo 12) el contratista se obliga a la extracción del petróleo y a entregar lo extraído, a cambio de que el Estado mexicano le ceda un porcentaje de lo extraído. Es también un contrato de sociedad sin personalidad jurídica, o asociación en participación, en la que el Estado aporta el área contractual, el contratista su trabajo, y comparten lo extraído (la utilidad común) en determinadas proporciones.

La propiedad del petróleo extraído por el contratista es de la Nación. El contratista adquiere la propiedad de la porción que le corresponde de lo extraído, cuando el Estado le entrega la parte de petróleo que le corresponde, de acuerdo con lo previsto en el contrato; esta entrega es una obligación

²⁵ Artículos 252 a 259 de la Ley de Sociedades Mercantiles.

²⁶ Véase definición de comercializador en el artículo 3-III.

²⁷ Véase artículo 28 de la Ley de Hidrocarburos.

²⁸ Así lo expresa el artículo 13° transitorio de la Ley de Hidrocarburos.

contractual asumida por el Estado, por lo que cabe afirmar que el contratista adquiere la propiedad por *traditio* o entrega por causa de pago.

iv) Y el contrato de ‘servicios’, que es el más sencillo. El contratista se obliga a la obra de exploración y extracción de petróleo en una determinada área a cambio del pago de una cantidad de dinero. Se trata de un contrato de arrendamiento de obra, que no genera al contratista ninguna expectativa de adquirir el petróleo. Lo extraído es de la propiedad común de la Nación.

VI. CONCLUSIONES

En primer lugar, este análisis muestra cómo los conceptos de la tradición romanista son perfectamente actuales, pues se fundan en la realidad de las cosas y no en la voluntad del legislador, y sirven para analizar y proponer soluciones a los problemas jurídicos actuales. Es una primera conclusión de carácter metodológico, que sirve para promover futuros análisis de problemas actuales desde la perspectiva romanista.

En cuanto a los resultados del análisis, cabe destacar las siguientes conclusiones:

El dominio directo de la Nación sobre los mantos petrolíferos en el subsuelo del territorio mexicano es un derecho de soberanía que le permite regular su extracción y aprovechamiento y por el cual se reserva la propiedad común del petróleo extraído. El dominio directo, como derecho de soberanía, es evidentemente inalienable e imprescriptible. Como la soberanía está ordenada al bien del pueblo, el dominio directo sobre el petróleo ha de ejercerse del modo que resulte más benéfico para la Nación.

El dominio directo de la Nación sobre los mantos petrolíferos ubicados en el subsuelo del mar territorial o de la plataforma continental es igualmente un derecho de soberanía pero limitado, además de por el bien común de la Nación mexicana, por las disposiciones de los tratados internacionales.

El petróleo una vez extraído deja de ser objeto del dominio directo de la Nación y se convierte en objeto de propiedad de la Nación, por su sola separación del manto. La propiedad que tiene la Nación sobre el petróleo extraído es la propiedad común que puede tener cualquier propietario sobre bienes consumibles, por lo que puede libremente disponer de ellos física o jurídicamente.

La Nación extrae el petróleo por medio de asignaciones y contratos, que son actos jurídicos por los que los asignatarios y los contratistas, en dos tipos de contrato, adquieren la propiedad de todo o parte del petróleo extraído.

Cuando el petróleo se extrae por medio de asignaciones, el petróleo extraído es, en un primer momento, propiedad de la Nación, quien lo adquiere por la separación. Pero la asignación autoriza a los asignatarios a hacer suyo todo el petróleo extraído por percepción, es decir por el hecho de envasarlo a almacenarlo; su posición jurídica es igual a la de los concesionarios para la extracción de minerales.

Los contratistas de un contrato de licencia, al extraer el petróleo por cuenta de la Nación, hacen que ella adquiera, por separación, la propiedad de lo extraído. Pero el contrato los autoriza a adquirir todo el petróleo que extraigan, cuando hayan cumplido todos los pagos que les corresponden, y como consecuencia de una entrega o *tradito* que les hace la Comisión Nacional de Hidrocarburos por causa de compra (o “transmisión onerosa”).

En el contrato de utilidad compartida, el petróleo extraído es igualmente de la propiedad de la Nación por el hecho de su separación. El contratista no adquiere la propiedad del petróleo, pues está obligado a entregarlo a un comercializador para que lo venda a nombre del Estado. Quien compra el petróleo lo hace suyo por la entrega con causa de compra.

El petróleo extraído conforme a un contrato de producción compartida se hace, como en todos los casos, de la propiedad de la Nación por la separación, y posteriormente el contratista adquiere la propiedad de la parte que le corresponde como consecuencia de la entrega que se le hace por causa de pago.

Como conclusión general cabe afirmar que el dominio directo de la Nación significa que la soberanía de la Nación sobre el petróleo debe ejercerse siempre en la forma que resulte más adecuada para el bien del pueblo, que no es necesariamente el régimen de monopolio estatal, o el de asignaciones y contratos. La cuestión de cuál es el medio más adecuado depende de las circunstancias y no puede resolverse de manera única y definitiva.

Y para terminar una observación sobre el régimen de que la Nación se reserva la propiedad de los hidrocarburos extraídos. Se dice que este régimen es más favorable a la Nación porque le asegura la propiedad de los mantos en el subsuelo y del petróleo recién extraído. En el derecho anterior a la Constitución de 1917, y de acuerdo con la tradición romanista, el petróleo, al igual que los minerales, eran considerados frutos de los terrenos donde se ubicaban. Esto permitía que los propietarios de tierras adquirieran y dispusieran del petróleo que extraían de sus propios campos. Cuando en 1917 se establece el dominio directo de la Nación, se priva a los propietarios de los terrenos de su derecho a extraer los frutos del subsuelo, y se permite que la Nación concentre la propiedad de todos los hidrocarburos, lo cual facilita que la explotación de los mismos se haga por las grandes empresas

públicas o privadas a las que se otorgan asignaciones o contratos sobre áreas muy extensas, sin que los propietarios de los terrenos reciban beneficio alguno por la extracción de hidrocarburos y sufran además el riesgo de ver sus propiedades afectadas, por las expropiaciones de que pueden ser objeto para que las empresas públicas o privadas hagan los trabajos de exploración y extracción del petróleo. Es un régimen que favorece la explotación del petróleo por grandes empresas públicas o privadas, e impide la distribución de la riqueza petrolera entre los mexicanos. ¿Qué es mejor para la Nación el régimen de concentración de la propiedad petrolera en la Nación y su explotación por grandes empresas, o un régimen alterno de diseminación de la propiedad petrolera y de su explotación por pequeñas y medianas empresas, que paguen un impuesto alto? La cuestión no es sencilla y habrá que atenderse a las circunstancias, pero lo que quiero mostrar es que la idea de que el petróleo es de la Nación no es necesariamente la mejor para el bien de México.

ALGUNAS CLÁUSULAS QUE PUEDEN SER
AGREGADAS AL CONTRATO DE COMPRAVENTA
EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL
DE LA NACION ARGENTINA. ANTECEDENTES
ROMANOS Y SU TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO
DE VÉLEZ SARSFIELD*

Mirta Beatriz ÁLVAREZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes romanos*. III. *Recepción en el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield*. IV. *El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 2014*. V. *Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, analizaremos los pactos que se encuentran tratados en las fuentes justinianeas y que se encuentran incorporados en el libro III “Derechos Personales”, título IV “Contratos en Particular”, capítulo 1 “Compra-venta”, sección 7° “Algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa” del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigencia el 1° de Agosto de 2014.

Para ello, comenzaremos con los antecedentes romanos, para luego señalar el tratamiento que han tenido en el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield, para finalizar con lo que dispone la sección 7^{ma} del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

* El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación “Una mirada romanista al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, que se está desarrollando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, dirigido por la suscripta.

** Profesora titular de derecho romano de las facultades de derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Flores. Investigadora categorizada UBA. Directora de la Carrera de Abogacía en la Universidad de Flores.

Conforme un principio del derecho civil romano, el simple pacto no daba lugar a acciones que permitieran requerir su cumplimiento, sino que solamente concedían excepciones.

Maynz¹ sostiene que la jurisprudencia derogó esta regla en el caso de los pactos añadidos a un contrato de buena fe, con el fin de alterar los efectos naturales del mismo. Así ocurrió en la compraventa, donde se consideró a los pactos como parte integrante del contrato, ya que los mismos conformaban el consentimiento recíproco.² Así se reconoció, que no era necesario crear una acción especial para perseguir su cumplimiento, sino que éste podía conseguirse con la misma acción propia del contrato.³

La jurisprudencia fue evolucionando en cuanto a la interpretación de estos pactos. En un comienzo, según opinión de Sabino (D.41,4,2 y 3), la mayoría de estos pactos podían ser agregados bajo la forma de una condición suspensiva. En el siglo II d.C., Juliano consideró la venta formada, pero sujeta a una condición (que actualmente llamaríamos resolutoria, y que para los romanos funcionaría como condición suspensiva con efectos resolutorios), de tal manera que, de suceder ésta, se consideraba como no comprada la cosa. Esta es la opinión aceptada por Ulpiano en D.18,2,2, y D.18,3,1 y 4.

Si el vendedor no había hecho tradición de la cosa, los efectos del pacto provocaban la resolución. Pero si el vendedor hubiese dado la cosa vendida al comprador, como la propiedad no era revocable en Roma (no se admite el dominio *ad tempus*), no se da una revocación *ipso iure* de la propiedad.

Justiniano admite la propiedad sujeta a condición resolutoria, de modo que, producida ésta, el vendedor puede reivindicar la cosa (*cf.* D.6,1,41 y D.18,2,4,3, referidos al pacto de mejor comprador).⁴

Por último, los compiladores se atuvieron a lo que las partes hubieran acordado, y les permitieron optar entre ambas soluciones.

II. ANTECEDENTES ROMANOS

¹ Maynz, Charles., *Curso de derecho romano*, 2ª ed., Barcelona, 1913, t. II, p. 399, nota 249.

² Alba Crespo, Juan José, *Derecho romano*, Córdoba, Argentina, Editorial Eudecor, 1993, t. II, p. 335: “La jurisprudencia llegó a aceptar que fueran exigibles mediante la acción surgida del contrato (de buena fe), al que estaban agregados por considerarlos elementos determinantes o condicionantes del negocio celebrado”.

³ Miquel, Joan, *Curso de derecho romano*, Barcelona, P.P.U. S. A., 1987, p. 392, sostiene: “La naturaleza de contrato de buena fe de la compraventa hace que sean vinculantes los pactos que se concluyen con el contrato: el juez podrá tenerlos en cuenta en virtud de la cláusula *ex fide bona*”.

⁴ Di Pietro, Alfredo, *Derecho privado romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 247.

1. *Pactos a favor del vendedor*

a. *Pacto de retroventa (pactum de retrovendendo)*^{5, 6}

Se trata del pacto al que la jurisprudencia romana prestó menos atención.⁷ El vendedor se reservaba el derecho de volver a comprar la cosa vendida, dentro de cierto tiempo o sin límite de tiempo, por el mismo precio o por otro distinto, determinado o a determinarse (D.19,5,12).^{8, 9} Aunque el fragmento atribuido a Próculo se refiere a un supuesto muy particular, la parte final del fragmento, admitiría la extensión de este pacto a otros supuestos.

El vendedor podía ejercer su derecho a la retroventa, mediante la *actio venditi*, o a través de la *actio praescriptis verbis* (C.4,54,2), pues se consideraba que si el vendedor había cumplido el contrato al cual se hubiera agregado este pacto, se encontraba en la misma situación que el contratante que hubiera cumplido un contrato innominado.¹⁰

Normalmente, en el contrato se indicaba el plazo dentro del cual el vendedor podía ejercer este derecho, pero también era perfectamente posible que no se hubiera fijado plazo y, en ese caso, pudiera ejercerlo en cualquier momento.

El vendedor podía, mediante la oferta del precio convenido, exigir la restitución de la cosa vendida, y si ésta estuviera deteriorada, los daños e intereses correspondientes.

Si el comprador hubiera transmitido la cosa a un tercero, el vendedor sólo podía exigir el resarcimiento de los daños e intereses, ya que no podría entablar la acción reivindicatoria contra el tercero, pues el pacto era para él, *res inter alios acta*. Si el comprador hubiera constituido sobre la cosa algún derecho real a favor de terceros, el vendedor, al ejercer su derecho a la retroventa,

⁵ Bonfante, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, Reus, 1965, p. 495, lo denomina también como “pacto de rescate”.

⁶ Di Pietro, Alfredo, *op. cit.*, p. 247, sostiene: “Este pacto es denominado por los romanistas como de *retroemendo* (de recompra) y por otros de *retrovendendo* (de retroventa). Las terminologías no son estrictamente romanas”.

⁷ Arangio-Ruiz, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, Italia, Jovene, 1990, Vol. II, p. 403.

⁸ Volterra, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1974, pp. 509 y s., afirma: “*I pochi testi che ne parlano (D.19,5,12; C.4,54,2; 7) mostrano che i Romani lo configuravano como un patto, in forza del quale il compratore era tenuto non a rivendere la cosa al venditore, ma a restituirla, considerandola como se non fosse stata venduta (inempta)*”.

⁹ El fragmento transcripto corresponde a Próculo, *Epistolarum libri*, Libro XI, y se encuentra en la *Palingenesia Iuris Civilis*, bajo el Número 32, sin alteraciones.

¹⁰ Carames Ferro, José, *Curso de derecho romano*, 10ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1976, p. 297.

debía recibir la cosa con los gravámenes que pesaren sobre ella, y tendría derecho a requerir al comprador los daños e intereses correspondientes.

La utilidad de este pacto podría encontrarse en caso que el vendedor se hubiera visto obligado a vender la cosa presionado por sus necesidades económicas. De esta manera, si sus negocios prosperaban, tenía la posibilidad de recuperar la cosa vendida.¹¹

b. *Pacto de preferencia o derecho de tanteo* (pactum protimiseos)¹²

El vendedor se reserva el derecho de ser preferido a cualquier otro comprador, ofreciendo las mismas condiciones, para el momento en que el comprador decidiera vender la cosa objeto del contrato (Paulo, D.18,2,7 y 8 y Hermogeniano, D.18,1,75).¹³ Como sostiene Fernández de Buján,¹⁴ este pacto se recoge, entre otros textos, en un pasaje tomado del libro XXXIII de *Comentarios al Edicto de Paulo* (D.19,1,21,5).¹⁵ Para Maynz¹⁶ sólo sería un pacto de retroventa, sujeto a la condición de que el comprador decidiera vender la cosa. En el pacto de preferencia, el vendedor solamente es preferido, en el

¹¹ Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Angel, *Derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 295, sostienen que este pacto resultó siempre sospechoso, por ocultar generalmente operaciones usurarias, como cuando el prestamista se hace vender la cosa por un precio omnicomprendivo del capital e intereses, y que de no efectivizarse el pago, se queda directamente con la propiedad de la cosa. En el derecho argentino —ver más adelante Borda—, este pacto genera sospechas de una simulación.

¹² Fernández de Buján, Federico, *Sistema contractual romano*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 255, lo define como: “Pacto en interés del vendedor por el cual, si el comprador quiere vender la cosa adquirida, debe, en igualdad de condiciones, preferir como comprador a aquél que se la vendió”.

¹³ Arangio-Ruiz, Vincenzo, *La compravendita...*, cit., p. 403: “Il pactum protimiseos, non romano neppure nel nome, si trova menzionato nel Digesto due volte... Ma si tratta di casi sporadici, mentre a la tendenza di riservare l'acquisto dei fondi ai familiari od ai vicini, tipica allora e sempre del mondo medio-orientale, resistevano anche in fine del IV secolo gli imperatori...; e comunque non può riconoscersi a questo genere di pattuizione quel carattere di “reserva di recesso” che è proprio delle pattuizioni precedenti”.

¹⁴ Fernández de Buján, Federico, *Sistema...*, cit., p. 255.

¹⁵ Torrent, Armando, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, Edisofer S.L., 2005, p. 842, “(lo que se llama modernamente pactos de prelación que en su desarrollo posterior culminan en la figura autónoma de la opción de compra) preferencia absoluta para readquirir la cosa vendida como señala Paulo D.19,1,21,5... (pero si te hubiera vendido un fundo para que no se lo vendieras a ninguno otro sino a mí, “puedo ejercitar” la acción de venta, si se lo vendieras a otro)...”

¹⁶ Maynz, Charles, *loc. cit.*

caso de que el comprador, en un momento futuro, quisiera vender la cosa.¹⁷ No se exige al comprador la obligación de vender la cosa, ni siquiera supone sujetar la primera venta a condición, ya que ésta se considera perfecta. Solamente se concede un derecho preferente al vendedor.¹⁸ Los efectos son análogos a los indicados para el pacto de retroventa: el vendedor podrá ejercer la preferencia, solamente contra el comprador, por medio de las acciones *venditii* o *praescriptis verbis*. Si el comprador ha enajenado la cosa sin comunicárselo al vendedor, y éste se vio imposibilitado de ejercer la preferencia, sólo podrá reclamarle a aquél los daños e intereses, ya que no tiene ningún derecho contra el tercero adquirente.

2. Pactos a favor del comprador

a. El pacto de reventa (pactum de retroemendo)¹⁹

Con este nombre, los comentaristas definen el convenio en virtud del cual el comprador se reservaba el derecho de obligar al vendedor a volver a comprar la cosa vendida, dentro de cierto término, por el mismo precio, por otro distinto, determinado o a determinarse. Desempeña la misma función que la retroventa para el vendedor. Según Carames Ferro, las reglas que lo gobernaban eran, pues, simétricas (Próculo, D.19,5,12).²⁰

¹⁷ Fernández de Buján, Federico, *Sistema...*, cit., p. 255 sostiene que esto se deduce claramente de la respuesta recogida en D.19,5,12.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Vazquez, Humberto, *Diccionario de derecho romano*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Zavalía, 1998, p. 228, define al *pactum de retroemendo* como “el pacto de retrocompra adjunto a un contrato de compraventa, por el cual el comprador se reserva la facultad de reintegrar la cosa al vendedor y que éste le devuelva el precio. D.19,5,12”. Por el contrario, García Garrido, Manuel, *Derecho privado romano*, 5ª ed., Madrid, España, Dykinson, 1993, p. 641, define como Pacto de retro compra (*pactum de retroemendo*), aquél en el que “El vendedor se reserva la facultad de recuperar o volver a comprar la cosa vendida pagando el mismo precio que recibió.” El autor citado, no menciona fuentes. Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 6ª ed., Barcelona, España, Ariel, 1972, p. 425 define a los pactos de *retrovendendo* (retroventa) y de *retroemendo* (reventa), en los puntos 4 y 5 respectivamente, sin mención de fuentes.

²⁰ Carames Ferro, José Manuel, *Curso...*, cit., p. 297. Torrent, Armando, *Diccionario...*, cit., p. 845, con el nombre de *PACTUM DE RETROVENDENDO* sostiene: “...tenía una eficacia subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones, por lo que se entendió como un pacto condicional (de eficacia obligatoria en época clásica y real en la justiniana), que se hacía valer por medio de *excepciones*, aunque no está totalmente descartado en los textos, la posible aplicabilidad de una *actio in factum*, y desde luego en la compraventa como *bona fidei contractus* era aplicable la *actio empti et venditi* (Pomp. D.18,1,6,1) para exigir el cumplimiento de lo pactado”.

III. RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE VÉLEZ SARSFIELD

Como señala Borda,²¹ en razón de que en el ámbito contractual impera el principio de la libertad (artículo 1197), las partes pueden pactar las cláusulas y modalidades que estimen convenientes (artículo 1363).²² Salvo contadas excepciones, las disposiciones del Código Civil Velezano tenían carácter supletorio. El Código se había limitado a reglamentar las cláusulas más frecuentes.

El capítulo 4, del título 3 del Código Civil denominado: “De las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato de compra y venta” desarrollaba el tema desde el artículo 1363 donde el codificador Vélez Sarsfield sentaba el principio general, al artículo 1407, inclusive. Todos los artículos incluidos en el capítulo referido, conservaron su redacción original.

Mencionaremos, en primer lugar, lo normado sobre condiciones suspensivas y resolutorias, para luego analizar los pactos específicos que Vélez Sarsfield contempló, con la metodología ya utilizada en el presente trabajo —distinguiendo los pactos a favor del vendedor y a favor del comprador—.

El artículo 1370 establecía los efectos de la compraventa condicional cuando la condición fuese suspensiva, y el artículo 1371 contemplaba los efectos para los casos en que la condición fuese resolutoria. En ambas disposiciones, la fuente citada por Vélez en su nota es Troplong.

El artículo 1372 disponía que “en caso de duda sobre si la condición fuese suspensiva o resolutoria, se juzgará que es resolutoria, siempre que, pendiente la condición, el vendedor hubiese hecho entrega de la cosa al comprador”. En este caso, el codificador citaba en su nota a la ley 12 y siguientes, del título 11 de la Partida 5^a, sobre las ventas condicionales.

²¹ Borda, Guillermo, *Manual de contratos*, Buenos Aires, Argentina, Perrot, 1991, p. 230.

²² Garrido, Roque Fortunato y Zago, Jorge Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, Parte Especial, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, t. II, pp. 120 y ss., manifiestan que este criterio tan absoluto no ha sido aceptado ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, aún antes de la reforma de la Ley 17.711 (en virtud del cuadro general de nulidades y la amplitud del artículo 953) y luego de la reforma, por el artículo 1071, 2º párrafo y el 1º párrafo del artículo 1198.

1. *Pactos a favor del vendedor*

a. *Pacto de retroventa*

Hay venta con pacto de retroventa (término que utilizaba el codificador y que ha sido cuestionado)²³ cuando el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida devolviendo el precio o una cantidad mayor o menor estipulada en el mismo contrato (artículo 1366).²⁴

Conforme surge del propio texto de la norma, se requería una compraventa en la que se hubiera perfeccionado la transferencia del dominio (artículos 1373, 1382 y ss.); es decir, que la facultad de retroventa fuera ejercida luego de efectuada la tradición de la cosa al comprador y pagado el precio al vendedor, sin que importe aquí que la compraventa sea un contrato consensual. Es por ello, que el artículo citado aludía a recuperar la cosa vendida, agregando luego, que ello se haría restituyendo el precio recibido; los vocablos destacados no dejan lugar a dudas respecto de la alusión a una compraventa en la cual el vendedor ya haya recibido su paga y hecho tradición de la cosa al comprador. López de Zavala se basa en dicho requisito,

²³ Crespo, Severo, *Las ventas con el pacto de retroventa*, Revista del Notariado 57, Buenos Aires, Argentina, 01/01/1902, 337 Cita Online: AR/DOC/6766/2011 sostiene: “Cierto que el concepto retroventa que el Codificador (Vélez) usó, implica una segunda venta; pero fácil es ver que no se armoniza con las disposiciones citadas, que son las que obligan; y aquí está la razón por la que dejo dicho, que el concepto verdadero y que debió emplearse, es el de retracto convencional. Esta crítica la hizo Marcadé al Código Francés, á quien siguió el nuestro, comentando el artículo 1659 en los siguientes términos: “El Código aceptando la locución impropia de nuestros antiguos autores, especialmente Pothier, llama pacto de retroventa, a la estipulación por la cual el vendedor y el comprador convienen, que el primero podrá recuperar la cosa y dejar la venta inexistente, reembolsando al comprador en un plazo cierto: 1° el precio de la adquisición, etc...” Decimos que por el ejercicio de la facultad de que se trata, la venta se vuelve inexistente, y que, por consecuencia la calificación de retroventa es inexacta. No se trata, en efecto, de que el vendedor recompre la cosa, no se trata de una reventa, sino de la resolución, de la anulación de la venta primitiva: como lo decía muy bien Pothier, no hay *novus contractus*, sino por el contrario, *distractus*; la nueva operación no es una segunda venta, es la supresión de la primera: la venta con ese pacto es una venta hecha bajo condición resolutoria. El comprador no adquiere más que una propiedad resoluble, y el vendedor continúa siendo propietario bajo condición suspensiva: si la condición, esto es, el retracto, se cumple, el vendedor no habría jamás dejado de ser propietario. y por consiguiente, las hipotecas, servidumbres y otras cargas reales que haya podido imponer, se consideran inexistentes, como lo declara formalmente el inciso 2° del artículo 1673; si al contrario, el plazo pasa sin que el retracto tenga lugar, el comprador se convierte en propietario irrevocable, según lo explica el artículo 1662”. Es de la misma opinión Goyena, según puede verse en sus explicaciones al artículo 1436 del Proyecto de Código Civil para España.

²⁴ Borda, Guillermo, *op. cit.*, p. 240.

para distinguir al pacto de retroventa de las llamadas “cláusulas de arrepentimiento”, que operarían mientras se hallara pendiente el pago del precio o la entrega de la cosa.²⁵

El adquirente en virtud de una compraventa con pacto de retroventa, recibía un dominio revocable por todo el plazo de vigencia de esta facultad resolutoria. Finalizado dicho plazo sin que hubiera tenido lugar la retroventa, el dominio del adquirente deviene irrevocable. Caso contrario, la venta se resolvía y el vendedor tenía derecho a reclamar la tradición de la cosa (artículo 1371, inciso 2, Código Civil).²⁶

A lo dicho, cabe agregar que la facultad que confiere la retroventa era potestativa, en el sentido que permitía al vendedor recuperar la propiedad de la cosa por la sola manifestación de su voluntad y la puesta a disposición del precio, sin requerir el concurso de, por ejemplo, incumplimientos por parte del comprador. Esto último la distingue claramente del pacto comisorio.²⁷

En cuanto a la naturaleza de este pacto, Borda²⁸ sostiene que ha sido controvertida, e indica que en sus orígenes románicos, era un compromiso adquirido por el comprador de volver a vender la cosa al primitivo enajenante, idea que hoy se rechaza, porque la retroventa funciona automáticamente, sin el concurso de la voluntad del comprador. El citado jurista sostiene que en la opinión predominante, que nuestro Código había adoptado, era una venta hecha bajo condición resolutoria.²⁹ La adopción de esta última teoría tenía importantes consecuencias, ya que el rescate se operaba retroactivamente.³⁰

²⁵ Penninpede, Germán, *Prohibición de retroventa de cosa mueble: ¿es aplicable extensivamente?* Publicado en: *LA LEY*, 04/11/2009, 1 - LA LEY, Buenos Aires, Argentina, 2009-F, 1074.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ Borda, Guillermo, *op. cit.*, p. 241.

²⁹ Rey Leyes, César, *Manual de derecho civil III-Contratos*, Ediciones Universidad Católica de Santa Fe, Santa Fe, Argentina, 1992, p. 214, n° 12, en el mismo sentido.

³⁰ Mazzinghi, Jorge Adolfo (h), *La calificación de los bienes de los cónyuges y el ejercicio de un pacto de retroventa* Publicado en: *LA LEY*, Buenos Aires, Argentina, 1984-A, p. 182, afirma: “Y si es una venta sujeta a condición, no cabe ninguna duda de que el cumplimiento de la condición opera en forma retroactiva, borrando todo vestigio de la primitiva operación y fijando el bien en el patrimonio del vendedor. El artículo 543 del Cód. Civil establece el principio de la retroactividad de las condiciones, y Vélez Sarsfield explica sus alcances en la nota al artículo 555 en donde dice: «En la condición resolutoria, desde que ésta se cumple, la obligación queda para ambas partes como no sucedida». Es verdad que en la nota al artículo 3117 —citada por el voto de la minoría—, Vélez parece contradecir el alcance retroactivo del pacto de retroventa, aludiendo al vendedor que “vuelve a adquirir la propiedad” de la cosa. Estimo que no corresponde tomar la expresión al pie de la letra, pues parece claro que la nota está dirigida a explicar

En la realidad económica estos pactos —sostiene Borda— encubren siempre o casi siempre un préstamo de dinero; la venta funciona como garantía que la suma prestada será devuelta. Por este motivo, estos pactos fueron combatidos por el derecho canónico³¹ y la cuestión de su licitud ha sido planteada con frecuencia y algunas legislaciones lo han prohibido (Código Civil mexicano, Código portugués, Ley Rumana contra la Usura).

Penninpede sostiene, por su parte, que la retroventa no necesariamente oculta un préstamo usurario, por lo que parece excesivo prohibirla con dicho fundamento. En primer lugar, porque la retroventa es un instrumento útil, pues puede emplearse con fines de garantía y también como medio de otorgar liquidez inmediata al vendedor, sin que éste pierda irrevocablemente la propiedad del bien vendido.³² Adicionalmente, si en un determinado caso se advirtiera un supuesto de usura encubierta (en este punto véase a Salvat, quien ofrece toda una serie de guías para distinguir

las razones por las cuales el vendedor no puede hipotecar el inmueble que ha enajenado con pacto de retroventa. Y es evidente que no puede hacerlo, porque la venta, aún pendiente la condición, es efectiva, al extremo de que es el adquirente quien puede hipotecar y hasta vender el inmueble comprado. (conf. artículo 1388, Cód. Civil). Es para reforzar este carácter efectivo de la operación —el vendedor se desprende de la cosa y la entrega al comprador—, que Vélez llega a utilizar algunos términos que pueden interpretarse equivocadamente. La vuelta de la cosa al patrimonio del vendedor es material y física, pero no jurídica, pues —de acuerdo a los efectos retroactivos de la condición resolutoria—, debe considerarse como si ésta nunca se hubiese enajenado. Ello es hasta tal punto así, que los autores afirman que, en rigor, el ejercicio de la retroventa no requiere una nueva escritura, ni el rescate de la cosa, ni tiene porqué abonar el impuesto que grava las transferencias de dominio”.

³¹ Rey Leyes, C., *op. cit.*, p. 215 y Garrido-Zago, *op. cit.*, p. 129, al referirse a la prohibición del pacto en la venta de cosas muebles.

³² Hersalis, Marcelo, *Pacto de retroventa. Cláusula de arrepentimiento. Pérdida de la chance*, LA LEY, 11/09/2006, 8 - LA LEY, Buenos Aires, Argentina, 2006-E, 380 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2009, p. 255, sostiene: “Georges Ripert y Jean Boulanger definen al pacto en cuestión como “...el contrato por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa restituyendo al comprador el precio y los gastos dentro de un plazo convenido (artículo 1659). De ello se sigue que la retroventa es una facultad de rescate, como la ley la denomina, aunque sus efectos sean muy diferentes de los que produciría una venta voluntaria consentida por el comprador al vendedor”. Los mencionados autores entienden que este pacto es útil para aquellas personas que tienen necesidad de dinero y que quieren procurárselo disponiendo de sus pertenencias, es decir, existe una transmisión del dominio, pero el vendedor conserva “la esperanza” de recuperarla, y lo denominan como “un mal sistema de crédito”, ya que encubre préstamos usurarios, a raíz de lo expuesto, la comparan a un préstamo hipotecario, pero en sentido inverso “...el que toma prestado hipotecando su inmueble retiene provisoriamente su propiedad y sólo la perderá si no está en condiciones de reembolsar el préstamo al vencimiento; el que vende con pacto de retroventa comienza por enajenar y sólo recobrará su propiedad, si está en condiciones de reembolsar al vencimiento, los fondos que le fueran entregados”.

una retroventa real, de un contrato de préstamo simulado bajo el aspecto de aquélla), el mutuario objeto de abuso, tendría a su disposición variados remedios legales, que tornarían exagerada e injustificada la prohibición genérica de la retroventa. De hecho, la prestataria contaría con el instituto de la lesión (artículo 954 Código Civil), la acción de simulación, y, finalmente, la acción de nulidad, sin olvidar las figuras del derecho criminal (artículo 175 bis Código Penal).³³

La jurisprudencia en diversos fallos ha sentado las bases para determinar si el pacto de retroventa encubre un préstamo de dinero. Así, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás (Provincia de Buenos Aires), con fecha 23 de junio de 2009, dispuso:

Si bien en el límpido plano de las instituciones jurídicas, la venta con pacto de retroventa es cláusula válida a la que pueden recurrir libremente los contratantes sin que tenga que ver en ella ningún designio espurio, lo es, en tanto la operación se manifieste como un acto real, normal, libre de mácula. Es requisito *sine qua non* para que haya venta con pacto de retroventa, que el comprador haya recibido el bien, tal como lo prescribe el artículo 1366 del Código Civil. Para distinguir el verdadero contrato de retroventa del préstamo disfrazado, debemos estar atentos a dos circunstancias: la vileza del precio y la posesión del inmueble por el vendedor durante el tiempo del pacto: ello demuestra la simulación a la cual las partes han querido recurrir...³⁴

El Código Civil Argentino había limitado su ámbito de aplicación, ya que el artículo 1380 lo prohibía en las ventas de cosas muebles. En la nota

³³ Penninpede, Germán, *Prohibición de retroventa... cit.*

³⁴ “Ferreira de Almeida Orlando Omar c/ Basualdo Santiago Luis s/ cumplimiento de contrato” Microjuris: MJJ46216. En el mismo sentido, la Cámara de Apelaciones de Concordia (Provincia de Entre Ríos), con fecha 7 de junio de 2007, en autos: “Dezzutto Sergio Raúl c/ Albers José s/ ordinario”, había dispuesto: “Adoctrinan los autores que en el supuesto de la compraventa con pacto de retroventa se simula vender a fin de disimular un mutuo oneroso —que puede o no ser usurario— donde el acuerdo simulatorio deja en claro que (a) el vendedor con pacto de retroventa es un prestatario; (b) el comprador, un prestamista; (c) el precio, el capital prestado; (d) el precio convenido para el ejercicio del retracto, el capital que se debe restituir con más los intereses convenidos; (e) la cosa vendida, cuya propiedad y posesión pasan al prestamista —sin olvidar que advertí que en los llamados boletos no puede hablarse con propiedad de retroventa ya que no hay transferencia dominial— de manera que si el deudor no cumple, el prestamista se queda con la propiedad de la cosa transmitida.”, Microjuris: MJJ 14561.

al referido artículo, Vélez citaba sobre la definición dada a esta cláusula, la ley 42, título 5, Partida 5^a 35 y el Código de Justiniano.³⁶

La cláusula de retroventa normalmente fija el precio que deberá pagar el vendedor para rescatar la cosa, el que puede ser menor, igual o mayor que el de la venta (artículo 1366). Si nada se hubiera dicho al respecto, se debe interpretar que las partes entendieron ajustarse al mismo precio de la venta.

En síntesis, las condiciones de validez eran las siguientes: 1) Sólo se permitía en relación a bienes inmuebles (artículo 1380);³⁷ 2) Su plazo no podía exceder de tres años a partir de la fecha del contrato³⁸ (artículo 1381) (Recordemos que en el derecho romano, podía no tener plazo de caducidad). Si se pactó uno mayor o no se estableció plazo alguno, se entendía reducido o convenido por el plazo de tres años; 3) Debía estipularse en el mismo acto de la venta (simultaneidad del pacto y la compraventa) 4) determinación del valor (precio) y 5) publicidad (inscripción registral).

Como lo sostiene Hersalis,³⁹ el codificador Vélez Sarsfield nada había dicho respecto de la forma de cómo debía ser ejercido el pacto, vale decir,

³⁵ D. Marcelo Martínez de Alcobilla, *Códigos antiguos de España*, “*Leyes Nuevas de Alfonso el Sabio*”, Madrid, 1885, Editorial Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado principal, t. I, p. 532.

Ley XLII – De los que venden por cierto precio a otros alguna cosa con condicion quel vendedor o su heredero la puedan cobrar tornando el precio.

“Por cierto precio vendiendo vn ome a otro alguna cosa, poniendo tal pleyto entre si en la vendita, que quando quier, que el vendedor, o sus herederos, tornassen el precio al comprador, o a los suyos que fuesen tenudos de tornarle, aquella cosa, que assi vendiessen: dezimos que si tal pleyto fuere puesto en la vendita, que deue ser guardado, e si el comprador, o sus herederos, non quisieren recibir la pena, deuese partir la cosa vendida, fueras ende si el pleyto fue puesto, que tornasse la cosa, e pechasse, la pena. E si pena non fue puesta en el pleyto, entonce el comprador, es tenuto de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder: e si en su poder non es, deue pechar, al vendedor todos los daños, e los menoscabos, que le vinieron porque non torno aquella cosa, que assi auia vendida”.

³⁶ C.4,54,2 y 7, constituciones de Alejandro (2) y Diocleciano y Maximiano (7).

³⁷ Es de resaltar la influencia romanista de esta prohibición, pues tanto en la Constitución 7 en Código 4, título 54 que citaba Vélez en su nota al artículo 1380, como en el fragmento atribuido a Próculo en D.19,5,12, las referencias al pacto de retroventa están relacionadas a la venta de fundos.

³⁸ Di Chiazza, Iván y Van Thienen, Pablo, *Pacto de retroventa, cláusula de rescate y opción de compra sobre acciones*, LA LEY 10/11/2009, 1-LA LEY, Buenos Aires, Argentina, 2009-F, 1160 Cita Online: AR/DOC/3436/2009, sostienen coincidiendo con Borda: “El plazo máximo de tres años que fija nuestro código para el pacto de retroventa es prueba elocuente de que la cláusula de rescate no goza de buena prensa en nuestro entorno académico, llegando incluso a decirse que este plazo es de orden público. Mirado el negocio con tanta sospecha y recelo, el legislador cortó por lo sano: su absoluta prohibición sobre cosas muebles”.

³⁹ Hersalis, Marcelo, *Pacto de retroventa...*, cit.

había dejado a las partes que eligieran la forma de ejercerlo y expresarla, es decir, por instrumento privado, escritura pública e incluso verbalmente.

Sin embargo el autor Hersalis precisa algunos puntos:

a. La manifestación de la voluntad debía tener entidad suficiente para producir efectos en el mundo jurídico.

b. La manifestación debía cumplir los siguientes requisitos del Código Civil conforme los artículos 914, 915, 916 y 973, debería ser realizada por escrito, esto es, por cualquier medio fehaciente que demuestre la voluntad de hacer efectivo el pacto; puede ser por escritura pública y por instrumento privado y, siguiendo a Salvat, debería tener "...fecha cierta" (artículo 1035)

c. La voluntad debía ser expresada en forma indubitable, es decir dirigida al fin convenido.

d. Si el vendedor expresaba su voluntad en tiempo y forma a los efectos de hacer valer sus derechos, y el comprador por el contrario era remiso a cumplir con las obligaciones asumidas, convendría: 1) dejar constancia documentada de la negativa; 2) ofrecer el pago conforme a las sumas establecidas; 3) consignar judicialmente las sumas a los efectos de no caer en mora.

El derecho de rescate podía ser ejercido por el vendedor, por sus cesionarios, por los herederos del vendedor, y por los acreedores del vendedor en el ejercicio de la acción subrogatoria (conforme lo establecía el artículo 1386).

La obligación de sufrir el rescate pesaba sobre el comprador, sobre los herederos y sobre los terceros adquirentes de la cosa (artículo 1388).

En cuanto a los efectos del ejercicio de rescate, el principio general es que provocaba la resolución retroactiva de la venta.

El rescatante debía restituir el precio, con lo más o menos que se hubiera pactado (artículo 1366), debía reembolsar las sumas que hubiere gastado el comprador en la entrega de la cosa vendida, como también las mejoras necesarias o útiles que el comprador hubiera hecho en la cosa,⁴⁰ no así las voluntarias (artículo 1384). En el caso de las voluntarias o suntuarias, el comprador podía retirarlas, si ello no causaba daños a la cosa vendida.⁴¹

Por su parte, el comprador debía devolver la cosa con todos sus accesorios y respondía por la pérdida de la cosa y por el deterioro causado por su culpa (artículo 1385).

⁴⁰ Garrido-Zago, *op. cit.*, p. 130, el adquirente puede ejercer el derecho de retención hasta que se le paguen las mejoras.

⁴¹ Rey Leyes, C., *op. cit.*, p. 215.

La retroventa concluía cuando: a) vencía el plazo fijado, con el máximo de tres años; b) el vendedor renunciaba expresamente a ejercer su potestad de retroventa; c) la cosa se perdía por caso fortuito o fuerza mayor.⁴²

b. *Pacto de preferencia*

Es la cláusula en virtud de la cual el vendedor se reserva el derecho de recomprar la cosa, si el comprador decide revenderla o darla en pago a terceros, ofreciendo las mismas condiciones que éstos. Se encontraba definido en el artículo 1368, que carecía de nota. Se le llama, también, pacto de prelación o derecho de tanteo.⁴³

Como señala Penninpede,⁴⁴ en el pacto de preferencia, a diferencia de lo que sucede en la retroventa, el titular del derecho de preferencia no puede obligar al propietario actual a vender, sino que debe aguardar a que aquél decida voluntariamente hacerlo dentro del plazo convenido; es decir, aquí el ejercicio de la prioridad es condicional, en tanto que en la retroventa la facultad conferida es pura y simple. Adicionalmente, el pacto de preferencia requiere que su titular equipare la oferta de un tercero, lo que acentúa las diferencias con la retroventa, pues en ésta el vendedor no “compite” con nadie a la hora de garantizarse la readquisición del bien.

Conforme al artículo 1392, para que el pacto de preferencia cobre vida, era indispensable que el comprador se hubiera decidido a revender la cosa o a darla en pago, por lo que no operaba cuando el comprador la aportaba a una sociedad ni cuando la donaba, ni cuando constituía sobre ella derechos reales.

Era condición ineludible que el vendedor ofreciera las mismas condiciones que el tercero, no solamente en cuanto al precio, sino también con respecto a cualquier otra ventaja que el comprador hubiera encontrado (artículo 1393).

El Código de Vélez consideraba que el vendedor sólo tenía una acción personal contra el comprador: se trataba de una promesa de venta hecha por el comprador al vendedor, sujeta a la condición suspensiva de que decidiera vender la cosa o darla en pago a un tercero. Esto surgía de lo dispuesto en el artículo 1394, ya que si el comprador vendiese la cosa sin avisarle al

⁴² *Idem.*

⁴³ Borda, Guillermo, *op. cit.*, p. 250 y Rey Leyes, C., *op. cit.*, p. 216.

⁴⁴ Penninpede, Germán, *Prohibición de retroventa de cosa mueble: ¿es aplicable extensivamente?* LA LEY 04/11/2009, LA LEY, Buenos Aires, Argentina, 2009-F, 1074. Cita online: AR/DOC/3760/2009.

vendedor original, la venta será válida, pero aquél debía indemnizar el perjuicio que resultare.

El derecho adquirido por el pacto de preferencia no podía cederse ni pasaba a los herederos del vendedor (artículo 1396). Tampoco podía ser ejercido por los acreedores en la acción subrogatoria, ya que era un derecho inherente a la persona (artículo 1196).⁴⁵

El vendedor estaba obligado a ejercer su derecho de preferencia dentro de los tres días de serle notificada la oferta, si se trataba de una cosa mueble, y dentro de los diez días, si fuera inmueble (artículo 1393). Mientras el comprador no se decidiera a revender la cosa, el derecho del vendedor se mantenía vivo, cualquiera que fuera el tiempo transcurrido.⁴⁶

La primera obligación contraída por el comprador era la de avisar al vendedor todas las condiciones de la operación propuesta (artículo 1394).

En cuanto al vendedor, su oferta debía ser, por lo menos, igual a cada una de las condiciones propuestas por el tercero.

Cuando la venta de la cosa se realizaba en pública subasta, el sistema legal difería si se trataba de muebles o inmuebles (artículo 1395). En el caso de cosas muebles, el vendedor originario perdía todo derecho. Si fuera inmueble, el vendedor tenía derecho a ser notificado sobre el día y lugar en que había de hacerse el remate. Si se omitía la notificación, respondía por los daños y perjuicios que resultaran. Dispuesto el remate, el titular del derecho de preferencia debía entrar en leal y franca competencia con los demás interesados; su derecho se reducía a participar de la puja.⁴⁷

2. Pactos a favor del comprador

a. Pacto de reventa

El artículo 1367 definía el pacto de reventa como “la estipulación de poder el comprador restituir al vendedor la cosa comprada, recibiendo de él, el precio que hubiese pagado, con exceso o disminución”. Tampoco en este supuesto el codificador Vélez Sarsfield había incluido nota a este artículo.

⁴⁵ Rey Leyes, C., *op. cit.*, p. 217.

⁴⁶ Borda, Guillermo, *op. cit.*, p. 252, n° 375. Rey Leyes, César, *loc. cit.* “se aplica el plazo decenal de prescripción” (artículo 4023).

⁴⁷ Borda, Guillermo, *op. cit.*, p. 254.

Se trataba de una cláusula similar a la retroventa, sólo que ésta favorecía al comprador. Por ello, se aplicaba a ambas el mismo régimen legal, conforme lo disponía el artículo 1391.

Como en este caso era el adquirente el que toma la iniciativa, debía devolver la cosa libre de gravámenes, en el estado en que la compró.

En cuanto al término para ejercer el rescate, como en la retroventa, no podía exceder de tres años, y operaba *ipso iure*, sin necesidad de constitución en mora.

IV. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA 2014

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, bajo el Título “Algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa en la Sección 7ª del Capítulo 1 dedicado a la compraventa, se ha limitado a enunciar solamente tres cláusulas: la de retroventa (artículo 1163), la de reventa (artículo 1164) y la de preferencia (artículo 1165). La Sección se completa con cuatro artículos más (1166 a 1169) que son aplicables a las tres cláusulas reguladas en los artículos precedentes.

1. *Pacto de retroventa*

El pacto de retroventa se encuentra definido de la misma manera que en el Código Civil Velezano y, a pesar de las críticas que este pacto ha tenido, el nuevo Código lo ha mantenido como una de las cláusulas que pueden añadirse al contrato de compraventa.

El artículo 1163 lo define de la siguiente manera: “Pacto de retroventa es aquél por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida y entregada al comprador contra restitución del precio, con el exceso o disminución convenidos. El contrato sujeto a este pacto se rige por las reglas de la compraventa sometida a condición resolutoria.”

En este tema vamos a seguir a Alejandro Borda en un trabajo doctrinario muy exhaustivo sobre la compraventa, cuando el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, era aún un Proyecto, en el año 2012.⁴⁸

⁴⁸ Borda, Alejandro, *La compraventa en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012* Publicado en: RCyS 2013-II, 14, Buenos Aires, Argentina. Cita online: AR/DOC/6241/2012.

La sección 7^a del capítulo de la compraventa, que comienza con este artículo, se refiere a algunas cláusulas que pueden agregarse al contrato en estudio. La primera de ellas es el llamado pacto de retroventa.

Como sostiene Borda,⁴⁹ parece claro que, para que haya venta con pacto de retroventa, es necesario que se haya hecho tradición de la cosa, pues la norma hace referencia al derecho a recuperar la cosa vendida y entregada al comprador.

Asimismo resulta necesario efectuar otra aclaración: la tradición no será necesaria cuando la ley disponga que sea la inscripción registral la forma de transmitir el dominio, como sucede en materia de automotores.

La norma precedentemente transcrita del nuevo Código dispone, además, que el contrato sujeto a este pacto se rige por las reglas de la compraventa sometida a condición resolutoria, lo cual es regulado en el artículo 1169. Es conveniente señalar que esta precisión no existía en el Código Civil anterior.

Las condiciones de validez del pacto de retroventa son dos: (i) un plazo máximo, que se fija en el artículo 1167, y (ii) que sea pactada en el mismo contrato de compraventa. Esto último surge de la ubicación de la norma comentada, que se encuentra en la sección titulada “algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa”. Si no se hubiera pactado en el mismo contrato, se estaría en presencia de un nuevo contrato y no tendría efectos respecto de terceros.

Es oportuno señalar que, por lo que se establece en el artículo 1166, el nuevo Código Civil y Comercial introduce un cambio importante en lo que respecta al objeto de los contratos que pueden incluir un pacto de retroventa. El Código Civil derogado admitía exclusivamente que los contratos que tuvieran por objeto bienes inmuebles incluyeran este pacto, pues el artículo 1380 disponía que las cosas muebles no podían venderse con pacto de retroventa. La reforma ha avanzado un paso más: no solamente admite la posibilidad de incluir el pacto de retroventa en el contrato de compraventa de cosas muebles registrables, sino también cuando lo que se venden son cosas muebles no registrables.

Si el tercero conoció o pudo conocer la existencia del pacto de retroventa, este pacto le es oponible y, por lo tanto, no podrá hacer valer los derechos que hubiera adquirido por acto de disposición del comprador. Ello es así, pues este pacto funciona como condición resolutoria (artículo 1163): producida la condición, se resuelve el contrato y, consiguientemente, todos

⁴⁹ Borda, Alejandro, *op. cit.*, véase nota 59.

los derechos adquiridos por el tercero a raíz de actos de disposición del comprador, quedan sin efecto.

2. *Pacto de preferencia*

Como señala Miguel Piedecosas,⁵⁰ el Código Civil y Comercial regula el pacto de preferencia en los artículos 997 y 998, y en los fundamentos de la comisión de juristas encargados de su redacción, no se exponen mayores comentarios sobre las razones y fuentes de esta clase de instituciones.

La primera cuestión sobre la que debe llamarse la atención es que las normas señaladas se ubican en el ámbito de la “Teoría general del Contrato”, dentro del capítulo III sobre la “formación del consentimiento”, sección 5^a.

Esto permite afirmar que son pautas o reglas generales aplicables a todos los contratos regulados en el Código en principio, y supletoriamente a todos aquellos a los que se les puedan aplicar estas normas.

Asimismo, no se debe dejar de advertir que luego el Código regula los pactos en forma particular, según sea el contrato de que se trate y establece reglas especiales.

Así puede verse en la normativa del Código, que se enuncian normas específicas para la compraventa en el artículo 1165 y también para el suministro, en el artículo 1182. Todo ello, sin perjuicio de que el legislador ha utilizado el término “preferencia” con diversas acepciones y en distintas partes del Código (Contratos; Derechos reales; Sucesión; Privilegios), que deberían analizarse en lo relativo a su eventual concordancia interna.

Siguiendo a Piedecosas⁵¹ se lo ha conceptualizado como “una manifestación de voluntad en los términos de la prelación, mediante la cual el promitente se obliga a ofrecerle al otro contratante la cosa objeto del contrato, si decidiera venderla, prefiriéndolo, siempre y cuando éste ofreciere las mismas condiciones y expresare su voluntad en el plazo convenido, el vendedor no tiene obligación alguna, sólo el derecho de recomprar la cosa en cuestión”.

Como hemos referido, el artículo 1368 del Código Civil velezano, establecía que: “es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendi-

⁵⁰ Piedecosas, Miguel, *Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad* Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 77, Buenos Aires, Argentina, Cita Online: AR/DOC/391/2015.

⁵¹ Véase nota 48.

da, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier otro por el tanto, en caso de querer el comprador, venderla”.

El artículo 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, mejorando la redacción y con mayor precisión técnica, establece que “es aquél por el cual el vendedor tiene derecho a recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente si el comprador decide enajenarla”. Es pertinente destacar que el nuevo Código Civil y Comercial ha ampliado el campo de aplicación del pacto de preferencia. El artículo 1392 del Código Civil de Vélez, disponía que el derecho del vendedor existía en el caso de que el comprador quisiera vender la cosa o darla en pago, y no cuando la enajenase por medio de otros contratos. El nuevo Código solamente habla de enajenación, por lo que parece otorgar al vendedor el derecho de preferencia, cuando el comprador decida donar la cosa comprada, aportarla a una sociedad o transmitirla a un tercero como consecuencia de un contrato de renta vitalicia.⁵²

Es un derecho del vendedor, de origen convencional y tendrá los efectos de una compraventa bajo condición resolutoria.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha señalado que:

El pacto de preferencia constituye una estipulación conforme a la cual el comprador se compromete, para el supuesto eventual de que quisiera vender el bien, a avisarle al vendedor de las condiciones de la oferta, para que éste sea preferido en la enajenación, en caso de que por lo menos igualare todas las ventajas comprendidas en ella (*cf.* artículos 1368, 1392, 1393/1396, Código Civil <de Vélez>).

Se lo ha pretendido encuadrar de distintas maneras; así dentro de las promesas de venta; promesas de venta bajo condición suspensiva; contrato autónomo o accesorio de la compraventa.

El Código Civil y Comercial, lo ubica como un contrato de compraventa bajo condición resolutoria, y lo regula dentro de las normas de la compraventa, por lo que se podría sostener, con esta base normativa, que es un acuerdo especial que queda contenido en el contrato de compraventa y que asume la modalidad de condición resolutoria.

Carece de forma determinada y puede establecerse tanto respecto de inmuebles como de muebles y es indivisible.

Según la normativa del artículo 1165 del Código Civil y Comercial, se trata de un derecho personal del vendedor que no puede cederse ni pasa a los herederos, o sea, se lo ha convenido en virtud de la persona del vendedor.

⁵² Borda, Alejandro, *op. cit.* Véase nota 46.

Se mantiene el criterio de que se otorga este derecho a una persona en virtud de sus cualidades o sea es un instituto “*intuitu personae*”. Aquí existe una diferencia sustancial con la regla general del artículo 997 del mismo cuerpo legal, que establece la libre transmisibilidad a terceros.

La normativa actualmente vigente diferencia entre la enajenación particular y la enajenación en subasta pública, cuestión que se encontraba controvertida en la legislación anterior. En ambos casos, el comprador debe comunicar al vendedor su decisión de enajenar la cosa, pero en el primero de ellos, debe avisar, también, las particularidades de la operación proyectada, y en el segundo, sólo el lugar y fecha en que tendrá lugar el remate.

El plazo de ejercicio es de diez días desde la recepción de la comunicación, salvo pacto en contrario; o que surja otro plazo de los usos o las circunstancias del caso. Este sería un plazo de caducidad. El plazo supletorio de diez días rige para todo tipo de contrato, y no hace diferencia entre cosas muebles o inmuebles. Parece destacable que se haya unificado en diez días el plazo, lo que el artículo 1393 del Código Civil de Vélez, diferenciaba según fueran muebles (tres días) o inmuebles (diez días), más allá de permitirse un plazo diferente, si las partes lo hubieran pactado o surgiera de los usos o circunstancias del caso.⁵³

Además se establece la autonomía o accesoriedad de esta clase de pacto, lo que surge de la letra del artículo 1166.

La oponibilidad a terceros será en base a la publicidad registral que se logre de los documentos que los instrumenten y su registración respectiva; salvo que se probare que el tercero tenía conocimiento del mismo.

Si las cosas vendidas son muebles no registrables, el pacto no es oponible al tercero adquirente de buena fe y a título oneroso.

En el régimen del Código Civil de Vélez se sostenía respecto de los efectos del incumplimiento que “si el comprador no cumple con la notificación, y vende la cosa a un tercero, la venta es válida porque la preferencia es inoponible a los terceros, pero el comprador debe indemnizar al titular del derecho por los daños causados” (artículo 1395).

La indemnización generalmente se establecía en el pacto mediante una cláusula penal, pero si no lo hubiere, la indemnización podía consistir en el daño patrimonial que se hubiera probado y en el daño moral.

El sistema que establece el Código Civil y Comercial recorre un camino particular.

El artículo 1169 es clave en el entendimiento de este pacto, ya que la compraventa bajo condición resolutoria, produce los efectos propios del

⁵³ *Ibidem*, véase nota 46.

contrato, pero la tradición, o en su caso, la inscripción registral, sólo transmite el dominio revocable. Esta norma tiene efectos de importancia, cuando se determina el incumplimiento del comprador, a lo que se le sumará el resarcimiento de los daños que corresponda al caso.

En el pacto de preferencia el cambio es sustancial. En efecto, el artículo 1394 del Código Civil derogado disponía que la venta hecha al tercero, sin darle aviso al vendedor, era válida y este último sólo podía exigir del comprador el pago de los daños y perjuicios sufridos. El nuevo Código Civil y Comercial, en cambio, al recalcar la oponibilidad del pacto al tercero, priva de validez a la enajenación hecha a su favor.⁵⁴

El Código Civil y Comercial prevé dos plazos de caducidad: uno, de diez días para ejercer la preferencia, cuando es notificado de la decisión del comprador de vender, con las particularidades de la operación proyectada (artículo 1165); y, otro, a los dos o cinco años (según sea una cosa mueble o inmueble) de la celebración del contrato que incluyó el pacto (artículo 1167). Pareciera —según opinión de Borda— que esta solución responde a la necesidad de dar firmeza al contrato que se entiende celebrado bajo condición resolutoria.

3. *El pacto de reventa*

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en el artículo 1164 incorpora el pacto de reventa, que es aquél por el cual el comprador se reserva el derecho de devolver la cosa comprada. Ejercido el derecho, el vendedor debe restituir el precio, con el exceso o disminución convenidos. Se aplican las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria.

El texto, siguiendo los lineamientos del artículo 1367 del Código Civil de Vélez, dispone que el contrato sujeto a pacto de reventa se rige por las reglas de la compraventa sometida a condición resolutoria, lo cual es regulado en el artículo 1169.

El pacto de reventa permite también dejar sin efecto la enajenación, pero en este caso, el derecho es concedido al comprador, quien deberá devolver la cosa comprada. Cuando ocurra esto, el vendedor deberá restituir el precio percibido o una suma mayor o menor, si esto último se hubiese convenido.

Da la sensación, por lo tanto, que estamos ante una figura que se parece al reverso del pacto de retroventa. Sin embargo, más allá de ciertas cuestiones comunes y retomando el ya referido artículo de Alejandro Borda⁵⁵ existen importantes diferencias.

⁵⁴ *Ibidem*, véase nota 46.

⁵⁵ Véase nota 46.

Cabe señalar que el nuevo Código Civil y Comercial mantiene el paralelismo que el Código Civil Velezano establecía entre los pactos de retroventa y reventa, básicamente con motivo de la regulación común que se hace en los artículos 1166 a 1169, referidos a los contratos que pueden incluir tales pactos, los plazos fijados para que se extinga el derecho a ejercer el rescate y la consideración de que se trata de condiciones resolutorias.

Pero es importante destacar que desaparece el artículo 1391 del Código Civil derogado, el cual disponía que las normas establecidas respecto al vendedor son en todo aplicables a la retroventa, cuando fuere estipulada a favor del comprador. Esta derogación es conveniente, pues entre ambos pactos existen diferencias profundas, lo que acarrea la necesidad de ser cuidadoso al tiempo de pretender aplicar las normas del pacto de retroventa al pacto de reventa.

4. Normas aplicables a las tres cláusulas

Si se trata de cosas registrables, los tres pactos mencionados son oponibles a los terceros interesados, si resultan de los documentos inscriptos, o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento efectivo de ellos. Si se trata, en cambio, de cosas no registrables, tales pactos son oponibles en general, pero no respecto de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Como se puede advertir, la norma ha considerado de fundamental importancia que el tercero conozca o pueda conocer, efectivamente, la existencia de alguno de los tres pactos mencionados. Si se trata de cosas registrables, la posibilidad de conocerlos está dada por la publicidad que da la registración; en cambio, si se trata de cosas no registrables, será necesario acreditar que el tercer adquirente es de mala fe (esto es, que conocía la existencia del pacto), o que su adquisición fue a título gratuito.

Ahora bien, la regulación conjunta de los tres pactos que el texto legal propone, no puede ser llevada hasta sus últimas instancias, pues se tratan de pactos diferentes que, por lo tanto, acarrean consecuencias distintas. Por ello, se analizarán separadamente.

El texto del artículo 1167 establece que la validez de los pactos de retroventa, de reventa y de preferencia no puede exceder el plazo de cinco años, si se trata de la enajenación de bienes inmuebles, y de dos años, si lo que se enajena son cosas muebles. Como se ve, el nuevo Código amplía el plazo vigente de los pactos de retroventa y de reventa referidos a inmuebles (que era de tres años, conforme artículo 1381 Código Civil derogado). Además, al incorporar la posibilidad de convenir estos pactos en compraventas de cosas

muebles, fija un nuevo plazo, que es de dos años, para ejercer el derecho de rescate en estos casos.

El plazo, que comienza a correr desde la fecha de la celebración del contrato, es perentorio e improrrogable. Y si las partes hubiesen acordado un plazo superior, deberá reducirse imperativamente al plazo legal.

Se debe señalar, en primer lugar, que el plazo comienza a correr —al igual que en la legislación vigente con anterioridad— desde la fecha de celebración del contrato, resultando irrelevante la tradición. La solución es razonable si el objeto del contrato de compraventa es una cosa no registrable. En cambio, el texto legal se resiente de cierta incongruencia cuando lo vendido es una cosa registrable; en este caso, hubiera sido preferible, según sostiene Borda, que el plazo comenzara a correr a partir de la registración, pues es a partir de ese momento, que el tercero estuvo en condiciones de conocer su existencia.

En segundo lugar, el plazo legal es de orden público, por lo cual, si no se hubiera fijado el plazo, debe entenderse que las partes se han referido al plazo legal.

En tercer lugar, que el vencimiento del plazo se opera *ipso jure*, sin necesidad de constitución en mora, pues —como lo dice la norma— es perentorio.

En materia de mejoras, el nuevo Código utilizando nueva terminología, diferencia entre mejoras naturales o artificiales. Establece que la mejora natural autoriza al deudor a exigir un mayor valor (artículo 752). Con respecto a la mejora artificial (se trata de las mejoras que se denominan usualmente como necesarias) el deudor está obligado a realizarlas, pero no se le permite reclamar su valor (artículo 753). El mismo artículo 753 establece que el deudor no tiene derecho a reclamar indemnización por las mejoras útiles ni por las de mero lujo, recreo o suntuarias, pero se lo faculta a retirarlas, si no deterioran la cosa.

Convenidos los pactos de retroventa o de reventa, el comprador es el deudor de la obligación de devolver la cosa y, por lo tanto, con las facultades expuestas precedentemente. Sin embargo, es importante señalar que a la par de los artículos 752 y 753, el artículo 1938 ubicado en el libro IV “Derechos reales”, título II “Posesión y Tenencia”, capítulo 3 denominado “Efectos de las relaciones de poder”, el Código da una solución diferente, pues prevé como regla, que se puede reclamar el costo de las mejoras necesarias (excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe), y el pago de las mejoras útiles, pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa. Se trata de respuestas diferentes a los mismos interrogantes, lo que resulta llamativo.

Con respecto a la contradicción apuntada, Borda afirma que esta diversidad puede resultar conveniente para resolver con criterios de justicia los problemas suscitados por estos dos pactos. Es que no pueden ser tratados de

igual manera porque la situación fáctica es diversa, toda vez que el comprador —en el pacto de reventa— es quien toma la iniciativa de deshacer el contrato; en cambio, en el pacto de retroventa, es el vendedor el que actúa. Y esta diferencia tiene que tener incidencia en el régimen de las mejoras. Por ello, y por una razón de justicia, se inclina por dar prevalencia al artículo 1938, si se trata de un pacto de retroventa, y al artículo 753, si es un pacto de reventa.⁵⁶

No nos parece conveniente que en el mismo Código se utilice terminología diferente para designar a las mismas mejoras. Asimismo, las diversas soluciones propiciadas en dos de los libros del nuevo Código respecto de las mejoras, revela una falta de unidad de criterio en el cuerpo legal, fruto del trabajo legislativo de comisiones y subcomisiones, que no siempre contaron con la debida coordinación.

V. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de la libertad de las partes para introducir las cláusulas que consideren convenientes en el contrato de compraventa, en el Derecho Romano (específicamente en la compilación justiniana), aparecen reguladas muchas más cláusulas a favor del vendedor, que a favor del comprador.⁵⁷

Esta misma situación se advertía al examinar el libro III, sección 3ª, título 3º, capítulo 4, del Código Civil de Vélez Sarsfield, denominado “De las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato de compra y venta”, de indudable fuente romanista, aunque el derecho romano casi no está citado directamente en las notas respectivas, aunque sí lo está indirectamente, a través de Las Partidas y específicamente la Partida 5ª.⁵⁸ Por otra

⁵⁶ Borda, Alejandro, *op. cit.*, véase nota 57.

⁵⁷ Véase Mohino Manrique, Ana, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, España, Dykinson, 2006.

⁵⁸ D. Marcelo Martínez de Alcobilla, *Códigos Antiguos de España...*, *cit.*, t. I, p. 521: “La Partida quinta es una de las piezas mejor acabadas del Código de Alfonso el Sabio, según el docto Marina, cuya opinión concuerda la de otros ilustres escritores. Sus leyes son en resumen copia o extracto de las del Código y Digesto, lo mejor que se contiene en Derecho romano sobre el asunto de este libro; por mas que, cree Marina, que hubiera sido más perfecta la obra si se hubiera prescindido de las sutilezas y las solemnidades de la estipulación romana (doctrina reformada atinadamente por Alfonso XI en el ordenamiento de Alcalá, ley única del tít. XVI) y también si el legislador se hubiera atendido en otros puntos á las leyes y costumbres patrias.

Antequerá cree también que, calcada esta Partida sobre la jurisprudencia romana, á la que es muy difícil enmendar y mejorar, es una de las mejores del Código, como obra legal, añadiendo que caben en su grande extensión de 15 títulos y 374 leyes, numerosas é interesantes disposiciones sobre cuanto se relaciona con la materia que en ella se trata”.

parte, el código velezano establecía en otros sectores del título dedicado a la compraventa, las ventas sujetas a ensayo o prueba y las ventas “*ad gustum*” (artículos 1336 y 1337).

Podemos afirmar la gran influencia romanista del Código de Vélez en este tema (atenuado —en algún caso— por la reforma de la Ley 17.711) y la mayor protección que se le concede actualmente al comprador, como ocurre también en la interpretación de los contratos, por considerársele la parte más débil del contrato de compraventa.

El Código Civil derogado desarrollaba en los artículos 1363 a 1407 las cláusulas especiales que podían ser agregadas al contrato de compraventa. En el capítulo 4 del título 3 de la sección tercera del libro segundo, Vélez Sarsfield incluyó los diferentes pactos, cláusulas y modalidades que puede asumir este contrato.

El pacto de retroventa no se aplicaba a la venta de cosas muebles en el Código Civil Argentino derogado recientemente.

Por su parte, el Código de Comercio solamente contemplaba, como cláusula que podía ser agregada al contrato de compraventa, las ventas sujetas a prueba en el artículo 455.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en la Sección 7^a, contiene en los artículos 1163 a 1169 las normas referidas a los pactos o cláusulas que se pueden estipular en la compraventa. Ellos son: el pacto de retroventa, el pacto de reventa y el pacto de preferencia, que han sido analizados en el presente trabajo.

Con respecto al pacto de retroventa, largamente criticado por la doctrina y jurisprudencia argentinas, no solamente se ha mantenido, sino que se lo ha ampliado, al permitir incorporarlo a la compraventa tanto de cosas inmuebles como de cosas muebles (antes prohibido) sean éstas, registrables o no.

Con respecto a los plazos para hacer valer las cláusulas, se han ampliado, para los inmuebles (de tres años a cinco años) y para los muebles se les ha incorporado un plazo de dos años.

En todos ellos se aplican las reglas de la compraventa sujeta a condición resolutoria.

A pesar de las modificaciones apuntadas, la raíz romanista de los tres pactos analizados, es indudable.

PERTENENCIA COLECTIVA, PROPIEDAD Y ‘COMUNIDAD’: LA EXPERIENCIA ROMANA

Emanuela CALORE*

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *Ulp. 57 ad ed. D.47,10,13,7. La concesión de la actio iniuriarum en caso de impedimento de utilizar una res communis omnium, una res in usu publico, una res mea*. III. *I.1,8,2 ...expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*. IV. *Consideraciones finales*.

I. PREMISA

Desde sus orígenes, el derecho romano testimonia la importancia de ser miembro de una comunidad, no sólo en relación a las formas de pertenencia colectiva, sino también en relación a las pertenencias privadas,¹ por cuanto, —como fue observado por Marx—:

* Agradezco a María del Rosario Stoppani por la traducción del italiano al español.

¹ Sobre estos temas, y no sólo limitadas a la experiencia romana, son interesantes las reflexiones de Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del “Jus Publicum Europaeum”*, trad. esp. de Dora Schilling Thon, Argentina, Editorial Struhart & Cía, 2005, pp. 21 y ss. “La toma de una tierra establece derecho en dos sentidos: hacia dentro y hacia fuera. Hacia dentro, es decir dentro del grupo que ocupa la tierra, se establece, con la primera división y distribución del suelo, la primera ordenación de todas las condiciones de posesión y propiedad. La cuestión de si, a raíz de esta primera división de la tierra, surge una propiedad sólo pública o sólo privada, una propiedad colectiva o individual, o ambas cosas, la de si se procede a mediciones catastrales y se abren registros de las propiedad o no, es una cuestión posterior basada en diferenciaciones que ya presuponen el acto de la toma común de la tierra y sólo se derivan del mismo. En la realidad histórica aparecen todas las posibilidades y combinaciones imaginables de títulos jurídicos y de propiedad. Pero aún en el caso de que la primera división de la tierra ya establezca una propiedad privada puramente individualista o una propiedad común del grupo, esta propiedad sigue sujeta a la toma conjunta de la tierra y

*Presupposto per l'appropriazione della terra rimane qui l'essere membro della comunità, ma, come membro della comunità, il singolo è proprietario privato. Il suo rapporto con la proprietà privata è un rapporto con la terra, ma al contempo con la sua esistenza in quanto membro della comunità, e il mantenimento di se stesso in quanto tale è insieme anche mantenimento della comunità, e viceversa, ecc.*²

Esta estrecha relación entre el particular y la comunidad de la cual él es miembro se manifiesta en diversas formas³ y persiste en el tiempo.⁴ En este trabajo me concentraré en dos fuentes que muestran dos diferentes implicaciones de la relación entre el particular y la comunidad a la cual éste pertenece: Ulp. 57 *ad ed.* D.47,10,13,7 e I.1,8,2.

II. ULP. 57 *AD ED.* D.47,10,13,7. LA CONCESIÓN
DE LA *ACTIO INIURIARUM* EN CASO DE IMPEDIMENTO
DE UTILIZAR UNA *RES COMMUNIS OMNIUM*,
UNA *RES IN USU PUBLICO*, UNA *RES MEA*

1. *La fuente*

La primera fuente está tomada del comentario de Ulpiano al Edicto y está incorporada en D.47,10,13,7.

D.47,10,13,7 Ulp. 57 *ad ed.*

se deriva jurídicamente del acto primitivo común. En este aspecto, toda ocupación de tierra crea siempre, en el sentido interno, una especie de *propiedad suprema* de la comunidad en su totalidad, aún cuando en la distribución posterior no se mantenga la propiedad puramente comunitaria y se reconozca una propiedad privada totalmente libre de la persona individual”.

² Marx, Karl, *Forme economiche precapitalistiche*, trad. ita., Italia, Editori riuniti, 1967, p. 75 (= en *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, Dietz Verlag, Alemania, 1953, p. 379). El pensamiento de Marx sobre estos temas fue especialmente desarrollado por Catalano, Pierangelo, *Populus Romanus Quirites*, Italia, Giappichelli, 1974, p. 78. Véase también Malenica, Antun, “L’idea di Marx sulla proprietà”, *Index*, Italia, núm. 16, 1988, pp. 15 y ss.

³ Los ejemplos de las distintas formas en las cuales se manifiesta la estrecha relación entre el particular y la Comunidad, que vendrán extraídas en las páginas sucesivas, son: la concesión de la *actio iniuriarum* para sancionar, en mi opinión, la lesión del honor del particular (resultante del impedimento de utilizar una *res communis omnium*, una *res in usu publico* o una *res mea*) por no ser considerado miembro de la Comunidad; el control de la *res publica* sobre la utilización de los bienes por parte del particular.

⁴ Piénsese por ejemplo en los testimonios de Catón dado por Aulo Gelio (*Noctes Atticae*, 4,12,1), de Pomponio y Ulpiano (Ulp. 57 *ad ed.* D.47,10,13,7), de Gayo (Gai. 1,53) y en el de Justiniano (I.1,8,2).

Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiat, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi ... usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest...⁵

El jurista se pregunta si puede actuar con la *actio iniuriarum* contra quien me prohíbe pescar en el mar, o poner allí una red. Ulpiano observa que según algunos se puede actuar con esta acción. En particular indica que Pomponio y otros creyeron que este caso es similar a aquel en el cual se me impida lavar en público o sentarme en un teatro público o estar en cualquier otro lugar, sentarme, conversar; o aquel otro caso en el que no se me permita usar una cosa mía. También en estos casos aquél que impide puede ser demandado con la *actio iniuriarum*.⁶ Luego, Ulpiano recuerda que los an-

⁵ “Si alguno me prohibiera pescar en el mar, ó llevar la red que en griego se llama σαγήνη, ¿podré acaso demandarlo con la acción de injurias? Hay quienes opinan que puedo ejercitar la acción de injurias; y así opina Pomponio; y los más, que á éste es semejante el que no consintiera que uno lave en lugar público, o que se siente en las gradas del anfiteatro. ó que en algún otro lugar conduzca carro, se siente. ó converse, ó si alguien no permitiera que yo use de una cosa mía: porque también éste puede ser demandado con la acción de injurias. Mas al arrendatario le dieron los antiguos interdicto, si acaso tomó públicamente el arrendamiento, porque se debe prohibir que se le haga violencia para que no di frute de su arrendamiento. Pero si yo le prohibiera á alguno que pesque delante de mi casa, ó delante de mi palacio de campo, ¿qué se ha de decir, que estoy, ó no, sujeto á la acción de injurias? Y ciertamente que el mar es común de todos, y también su orillas, como el aire, y muchísimas veces se resolvió por rescripto, que no se le podía prohibir á uno que pesque; ... Fué sin embargo, también de uso. aunque no fundado en ningún derecho, que á cualquiera se le pudiera prohibir que pescara delante de mi casa, ó de mi palacio de campo; por lo que si á alguno se le prohibiera, aun se puede ejercitar la acción de injuria...” traducción por García del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano*. Primera parte. Digesto. España. J. Molinas, 1897, reimp. España, Lex Nova, 1988, t. III. p. 698.

⁶ Para soluciones similares a aquellas propuestas en el texto en examen, véase por ejemplo: D.47,10,24 Ulp. 15 *ad ed. praet. Si quis proprium servum distrahere prohibetur a quolibet, iniuriarum experiri potest.* D.19,1,25 Iul. 54 *Dig. Qui pendente vindemiam emit, si vnam legere prohibeatur a venditore. adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit* “si ea pecunia. qua de agitur. non pro ea re petitur. quae venit neque tradita est”. ceterum *post traditionem sive lectam vnam calcare sive mustum everhere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.* D.43.8.2.9 Ulp. 68 *ad ed. Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit inter-*

tiguos juristas dieron un interdicto⁷ al *conductor*, *si forte publice hoc conduxit*, se le hubiere impedido en la utilización del bien. El jurista se pregunta si puedo prohibir pescar frente a mis casas o a mi villa y, si en estos casos, puedo ser demandado con la *actio iniuriarum*. A este fin él observa que ciertamente el mar es común a todos y también las orillas y el aire, y que muy a menudo se estableció con rescripto que a nadie se le puede prohibir pescar.⁸ Observa

dictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.

⁷ Se ha hablado, a propósito del interdicto citado en este texto, de ‘*interdetto anonimo*’. En estos términos Purpura, Gianfranco, “Liberum mare, acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico”, en *Ressources et activités maritimes des peuples de l’Antiquité. Actes du Colloque international de Boulogne sur Mer* (12-14 mai 2005), Francia, Centre de recherche en histoire atlantique et littorale, 2008 (= en *AUPA*, Italia, 49, 2004, p. 170, nota 12, desde el cual se cita); y, ya con anterioridad, Fiorentini, Mario, *Fiumi e mari nell’esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Italia, Giuffrè, 2003, pp. 474 y ss., el cual ha hablado de interdicto “*non nominato esplicitamente, ma la cui concessione era già ammessa dai veteres*”. Fiorentini entiende (p. 459) que este inciso de Ulpiano no tendría relación con la pesca en el mar y observa que “*in caso di prohibitio all’esercizio della pesca in regime di concessione nei laghi o negli stagni pubblici, per i quali abbiamo la certezza dell’esistenza di conductiones ad opera dello stato, non era predisposto il de loco publico fruendo ma un diverso, apposito interdetto: nella giurisprudenza dei primi tempi del Principato è infatti irrefutabile opinione, fondata sul consenso tra i maestri delle due diverse sectae Labeone e Sabino, che il publicanus che gestisse un lago o uno stagnum pubblico in regime di concessione godesse della tutela interdittale contro le turbative all’esercizio del suo diritto di pesca esclusivo (si piscari prohibeatur); ma stando al luogo in cui ne parla Ulpiano, che riferisce la circostanza nella sezione del LXVIII ad edictum dedicata all’interdetto ut in flumine publico navigare liceat, la protezione non era assicurata dal de loco publico fruendo, come ci potremmo aspettare, ma proprio dall’ut in flumine publico navigare liceat concesso, per di più, non in via principale ma utile*”. Diversamente, Scherillo, Gaetano, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, I, *Concetto di cosa-cose extra patrimonium*, Giuffrè, Italia, 1945, p. 76; Dell’Oro, Aldo, “Le «res communes omnium» dell’elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico”, *Studi Urbinati di scienze giuridiche ed economiche*, Italia, 31, 1962-63, p. 256, según los cuales el interdicto en cuestión habría sido *de loco publico fruendo*.

⁸ La crítica interpolacionista ha revelado varias sospechas de genuinidad en el párrafo en análisis. Para un rápido control, si bien no exhaustivamente, *cf.* Levy, Ernst y Rabel, Ernst, *Index Interpolationum*, Alemania, Hermann Böhlhaus, 1935, t. III, c. 515. Los estudiosos que más recientemente se ocuparon del fr. 13 § 7 han sostenido la genuinidad (*cf.* Dell’Oro, Aldo, *op. cit.*, nota 7, pp. 256, 271-271; Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 7, pp. 456 y ss.). De acuerdo con esta última orientación, subrayo que el inciso “*conductorum autem ... sua fruatur*” despierta una efectiva perplejidad, sobre lo cual ya se habían pronunciado, por motivos distintos, Wlassak, Moritz, *Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, Austria-Alemania, Hölder-Pichler-Tempsky A.-G., 1924, t. I, p. 41, nota 1, según el cual la frase *conductorum ... fruatur* sería una glosa; Branca, Giuseppe, *Le cose extra patrimonium humani iuris, Annali triestini di diritto economia e politica*, Italia, XII (serie II, vol. III), 1941, pp. 119 y ss., el cual elimina el período *si forte... fruatur*; diversamente, Biondi, Biondo, “Condizione giuridica del mare e del litus maris”, en *Studi in onore di Silvio Perozzi*, Italia, Arti grafiche G. Castiglia, 1924, p. 274, nota 2 (= en *Scritti giuridici*, Italia, Giuffrè, 1965, t. III, p. 110, nota 4, desde el cual se cita), según el cual no se puede dudar del inciso *si forte publice hoc*

luego que *nullo iure* habría sido prohibir pescar *ante aedes meas vel praetorium meum* y por ello habría sido concedida la *actio iniuriarum*.

2. La concesión de la *actio iniuriarum*

El aspecto del texto de Ulpiano sobre el cual me quiero concentrar es el hecho de que los juristas romanos discutían sobre la posibilidad de sancionar, si bien con un remedio que en este contexto parece particular,⁹ es decir la *actio iniuriarum*,¹⁰ el impedimento de utilizar una cosa que es mía, una cosa que es de uso público o una cosa que es común a todos.

conduxit; Dell'Oro, Aldo, *op. cit.*, nota 7, p. 256, quien señala la literatura que tenía sospechas interpolacionistas, pero no parece sostenerlas; Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 7, pp. 456 y ss. La frase "*conductorum autem ... sua fruatur*" despierta en una primera lectura perplejidad —sobre todo cuando se refiere al mar— por el hecho de que se pudiese hablar de conducción *publice* del mar, calificado más adelante por Ulpiano *communis omnium*. En esta sede no me puedo detener sobre las *res communes omnium*, pero me parece posible que el texto deje traslucir como posible un progresivo proceso de inclusión (de hecho se ha sostenido que "il mare era per i *veteres* certamente pubblico" [Dell'Oro, Aldo, *op. cit.*, nota 7, p. 256]). De la lectura del inciso, también se podría entender una contraposición entre los *veteres* y Ulpiano en relación al régimen del mar, pero se deben señalar sobre este punto las observaciones de Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 7, pp. 456 y ss., según el cual el inciso de Ulpiano no se refería al mar, sino al lugar de uso público: "*le analoghe turbative, esercitate a danno di un conduttore in regime di appalto pubblico, erano sanzionate da un interdetto non nominato esplicitamente, ma la cui concessione era già ammessa dai veteres*" (p. 474).

⁹ Para los casos discutidos por Pomponio y Ulpiano en el texto que se está examinando, la *actio iniuriarum* no me parece un remedio descontado, como así tampoco a los juristas romanos, para quienes su concesión era objeto de *ius controversum*. Cfr. sobre esto también *infra* nota 14.

¹⁰ En doctrina se discute si la *actio iniuriarum* era o no, en estos casos, un remedio residual, concedido a falta de un instrumento específico. Cfr. Grosso, Giuseppe, *Corso di diritto romano. Le cose*, Italia, Giappichelli, 1941, republicado en *Rivista di diritto romano*, Italia, núm. I, 2001, p. 62, luego de haber mencionado la *actio iniuriarum* como un instrumento que habría podido garantizar la libre utilización de las cosas de uso público, afirma: "*Si aveva poi tutta una serie di interdetti, alcuni in genere relativi ai luoghi pubblici, altri specifici per le vie pubbliche*"; También Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, 2ª ed., Alemania, C. H. Beck Verlag, 1971, t. I, p. 381, se pregunta si se pudiese accionar con esta acción para cada impedimento a la utilización de lugares públicos. Sobre esto véase también Scherillo, Gaetano, *op. cit.*, nota 7, p. 150, según el cual "*L'applicazione dell'actio iniuriarum alle ipotesi di turbativa del singolo nel godimento di cose destinate al pubblico uso si spiega con il fatto che non vi è un mezzo generale a tutela dell'uso di tutte le cose pubbliche, ma solo mezzi particolari relativi a talune cose e a talune facoltà; onde la giurisprudenza ha cercato di provvedervi indirettamente, facendo rientrare nel concetto di iniuria tutti i casi per cui non esisteva un apposito mezzo di tutela*"; Di Porto, Andrea, "Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico", en *Diritto e processo nella esperienza romana* (Atti del Seminario torinese [4-5 dicembre 1991] in memoria di Giuseppe Provera), Italia, Jovene, 1994, pp. 513 y 514, ahora con varias modificaciones, en *Res in usu publico e 'beni comuni'*. Il nodo della tutela, Italia, Giappichelli, 2013, pp. 34-35, de donde se cita seguidamente; Zoz, Maria Gabriella, *Riflessioni in tema di res publicae*, Italia, Giappi-

La *actio iniuriarum* era, en el período clásico, una acción con la cual se sancionaban las lesiones personales y las ofensas al honor y al decoro de una persona. Ulpiano, al comentar la fórmula de la *actio iniuriarum aestimatoria*,¹¹

chelli, 1999, pp. 150, 186-187, según la cual la autodefensa privada, los interdictos y la *actio iniuriarum* concurrirían “*tra loro senza escludersi a vicenda*”, aún cuando en la p. 187, nota 567 a propósito de la concesión de la *actio iniuriarum* en las hipótesis discutidas por Pomponio y Ulpiano en D.47,10,13,7 entiende que eso se debía a la falta, en esas hipótesis, de otro medio de tutela; Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 7, pp. 388, 411, quien busca “*di mostrare come la previsione del ricorso all’a. iniuriarum per reagire agli atti di turbativa all’uso delle cose destinate all’uso pubblico possa essere ricondotta al riconoscimento di una casistica, per così dire “residuale” rispetto alle previsioni di tutela promesse dal pretore nell’editto; e che tale determinazione debba essere prevalentemente attribuita alla riflessione della giurisprudenza*” (p. 389); Trisciuglio, Andrea, “Consideraciones generales sobre la tutela de las *res publicae* y de sus usos en la experiencia romana”, en Fernández de Buján, Antonio *et al.* (eds.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, España, Dykinson, 2011, pp. 151 y ss. Más en particular, sobre la posición de Pomponio, *cf.* también Stolfi, Emanuele, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Italia, Led, 2001, pp. 254 y ss., con indicación de más literatura.

¹¹ Lenel, Otto, *Palíngenesia iuris civilis*, reimp. de la ed. ex officina Bernhardt Tauchnitz, Alemania, 1889, Italia, Il Cigno Galileo Galilei, t. II, 2000, col. 771, el cual sitúa este texto en el comentario del *edictum generale*, en particular de la fórmula. Sobre la posibilidad de hacer entrar la lesión discutida por Ulpiano en D.47,10,13,7 en el *edictum generale* *cf.* Pernice, Alfred, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, reimp. de la ed. Niemeyer, Alemania, 1895, Scientia Verlag, Alemania, 1963, t. II.1, pp. 33 y ss.: “*Eine Gruppe von Fällen, die man zur Infamation zählen möchte, behandeln die Kommentar der Juristen nicht beim vierten Edikte; es sind die persönlichen Angriffe, die eine Verletzung der Bürgerstellung enthalten. ... Von diesen Fällen spricht Ulpian fr. 11 § 9 bis fr. 13 im Zusammenhange ausführlich: möglich ist dabei, dass die Kompilatoren eine Anzahl von Beispielen und einzelne Verbindungssätze gestrichen haben. Dagegen haben sie die Sätze schwerlich an eine andere Stelle gebracht als wo sie in Ulpian’s Werke standen. So lesen wir sie im Kommentare zum generale edictum bei Erörterung der subjektiven Klageerfordernisse auf beiden Seiten. Recht am Platze sind sie da allerdings nicht; denn sie gehen über den engen Kreis des ersten Ediktes weit hinaus. Man wird annehmen dürfen, dass damit der allgemeine Grundgedanke des Gesamtediktes zum Ausdruck kam. Von Bedeutung aber ist auf der anderen Seite, dass man die Fälle nicht als zum Infamationsedikte gehörig ansah*”; Daube, David, “*Ne quid infamandi causa fiat. The Roman Law of Defamation*”, en Moschetti, Guiscardo (ed.), *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto* (Verona 27-29 settembre 1948), Giuffrè, Italia, 1951, t. 3, pp. 413 y ss. (= en Cohen, David y Simon, Dieter [eds.], *Collected Studies in Roman Law*, Klostermann, Alemania, 1991, t. I, pp. 470 y 471; 481 y ss., desde el cual se cita); Monier, Raymond, *Manuel de droit romain*, II, *Les obligations*, 5ª ed., Éditions Domat Montchrestien, Francia, 1954, reimp. Alemania, Scientia Verlag, 1977, p. 44: “*Dans l’edictum perpetuum du préteur, affiché sur le Forum, l’édit qui primitivement réprimait les voies de fait, était devenu un édit de portée générale (edictum generale), dès l’époque de Labéon (D.47,10, fr. 15,26): toute personne qui en trouble injurieusement une autre dans l’usage ou la détention d’une chose, qui, par exemple, l’empêche de pêcher dans la mer ou d’aller au théâtre ... est passible de l’action prétorienne d’injures. ... Cependant l’édit général continuait à être suivi d’édits spéciaux dans lesquels le préteur sanctionnait des faits qui portaient atteinte à l’honneur ou à la considération des individus et réglait certains points particuliers*”; Watson, Alan, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, reimp. de la ed. Clarendon Press, Reino Unido, 1965, Alemania, Scientia Verlag, 1984, p. 251, el cual, si bien no relativamente al texto ulpiano, pero a Cic. *Pro Caec.* 12,35, sostiene que se trataba

recuerda que algunos juristas, entre ellos Pomponio, habían admitido el ejercicio de un mismo remedio, es decir la *actio iniuriarum*, para sancionar las ofensas a la persona que sufría el impedimento de usar cosas comunes a todos o de uso público o propio. Se trataba de una solución objeto de *ius controversum* porque, como surge implícitamente del texto, otros juristas dieron soluciones distintas.

Como parecería surgir del sentido del texto, probablemente los juristas que admitían la *actio iniuriarum* para sancionar el impedimento de usar las cosas que son comunes a todos, llegaron a esta solución gracias a un procedimiento analógico¹² respecto a la sanción prevista para las lesiones derivadas del impedimento de usar aquello que está destinado al uso público y aquello que es mío.¹³

de una aplicación del *edictum generale* y excluye al mismo tiempo que se tratase de una acción basada en la *lex Cornelia de iniuriis*. Diversamente, para la posibilidad de hacer entrar la lesión en el *edictum ne quid infamandi causa fiat*, *cf.* Manfredini, Arrigo, *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, Giuffrè, Italia, 1977, p. 185, nota 76, el cual, en realidad, no se refiere explícitamente al tema discutido por Ulpiano, sino al episodio de Cecina (Cic. *Pro Caec.* 12,35), impedido de utilizar una cosa suya, y la oportunidad —descartada por Cicerón— de ejercitar, en ese caso, la *actio iniuriarum*. Aunque, me parece que la reconstrucción palengónica de esta parte del comentario de Ulpiano al edicto es un obstáculo a esta hipótesis. Sobre el problema discutido en esta nota *cf.* también Cursi, Maria Floriana, *Iniuria cum damno. Anti-giuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Italia, Giuffrè, 2002, pp. 264-265 y nota 186; Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 7, p. 410.

¹² Zoz, Maria Gabriella, *op. cit.*, nota 10, p. 191, sostiene que de este texto, junto a Ulp. 68 *ad ed.* D.43,8,2,9, surge que, siguiendo el trabajo de los juristas y en particular de Pomponio, “*si pervenne a porre sullo stesso piano, per una certa analogia di circostanze, dei casi inizialmente differenti quali l'ostacolo da parte di qualcuno all'uso di beni riconosciuti pubblici come un teatro o un bagno pubblico e l'impedimento all'esercizio della pesca e della navigazione in mare*”; Trisciunglio, Andrea, *op. cit.*, nota 10, p. 158, quien observa que “Es muy sugestiva la aproximación que encontramos en este texto, entre los casos enunciados y aquél en que a un sujeto, otros le impiden usar su propia cosa, mostrando así que las *res in publico usu* pertenecen verdaderamente, en la lógica de los juristas, a cada *civis*”.

¹³ Sobre el caso particular del impedimento de usar aquello que es mío (además de los autores indicados en la nota 10. Distintos estudiosos, si bien por medio de caminos diversos, entendieron que el impedimento habría lesionado la libertad personal de utilizar la cosa, y esta interpretación, según parte de la doctrina, sería corroborada por lo que afirma Cicerón en *Pro Caecina*, 12,35: *Actio enim iniuriarum non ius possessionis adsequitur imminutae libertatis iudicio poenaeque mitigat*. Marrone, Matteo, “Actio ad exhibendum”, *AUPA*, Italia, núm. 26, 1957, pp. 304 y ss.; Burillo, Jesus, “Contribuciones al estudio de la ‘actio ad exhibendum’ en el derecho clásico”, *SDHI*, Italia, núm. 26, 1990, pp. 219-220; Benöhr, Hans-Peter, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Alemania, De Gruyter, 1965, pp. 50-51, en particular, nota 22; Manfredini, Arrigo, “Un’iniuria che non c’è”, en Vacca, Letizia (ed.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, Italia, CEDAM, 2008, pp. 192-195 y ss., quien, de manera puntual, evidencia el uso incorrecto que se le ha dado a este texto.

3. Una posible explicación

¿Por qué el impedimento de utilizar una cosa mía, una cosa de uso público o una cosa común a todos habría constituido una *iniuria*?¹⁴

¹⁴ Respecto a la concesión de la *actio iniuriarum* para los casos discutidos en el texto en examen o similares a estos, además de la literatura ya citada, *cf.* también Zumpt, August Wilhelm, *Das Kriminalrecht der römischen Republik*, reimp. de la ed. Dümmlers, Alemania, 1865, Alemania, Scientia Verlag, 1993, t. II.2, pp. 41-42, el que, sobre el impedimento hacia Cecina (Cic. *Pro Caecina* 12,35), entendía que se hablaba de una *iniuria ex lege Cornelia*: “*Dass hier von einer Klage nach dem Cornelischen Gesetze die Rede ist, beweist der Inhalt desselben, wie wir ihn später angeben werden. Es handelt von thätlicher Beleidigung. Cicero sagt ausdrücklich, die Klage habe mit dem bürgerlichen Rechte nichts zu thun, sie verschaffe Genugthuung und es folge ihr Strafe — alles Merkmale eines Criminalprocesses*”; von Jhering, Rudolf, *Actio iniuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain (et en droit français)*, Francia, Chevalier-Marescq & Cic Éditeurs, 1888, pp. 1 y ss., 35 y ss., 112 y ss., según el cual los casos discutidos en el texto ulpiano (D.47,10,13,7) habría constituido un “*atteinte flagrante et injurieuse à la sphère juridique d’autrui. Chacun a le droit de se servir des choses publiques ... Pareille interdiction contient dès lors une lésion manifeste de la personnalité, une mésestime de cette personnalité même, résultant de la mésestime du droit qui lui appartient*” (p. 35); Arangio-Ruiz, Vincenzo, “La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano”, *Archivio giuridico*, Italia, núm. 81, 1909, pp. 361 y ss. (= en *Scritti di diritto romano*, Italia, Jovene, 1974, t. I, pp. 160 y ss., en particular p. 161, nota 2, desde el cual se cita), según el cual: “*I principii della rei vindicatio mostrano che il diritto di proprietà si sostanzia nella facoltà di pretendere da tutti la astensione dalla detenzione della cosa: chi, ..., impedisce al proprietario di agire in riguardo alla cosa sua, lo lede nel diritto di libertà, allo stesso modo di chi limitasse di fatto la libertà più o meno larga d’azione riconosciuta a ciascuno sulle res publicae o sulle res nullius, e quindi potrà essere convenuto con l’a. iniuriarum*”; Scialoja, Vincenzo, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Italia, Anonima Romana Editoriale, 1933, pp. 224-225; Branca, Giuseppe, *Danno tenuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Italia, CEDAM, 1937, p. 315 (nota 3) y ss.; Voci, Pasquale, *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Italia, Giuffrè, 1952, p. 18; Pugliese, Giovanni, “voce Diritti reali”, en *ED*, Italia, Giuffrè, vol. XII, 1964, p. 766, nota 48, según el cual la prohibición “*di impedire al titolare i movimenti che egli compia per servirsi, godere, disporre della cosa stessa*” serían “*a tutela della personalità e libertà del soggetto, non del suo interesse a servirsi, godere e disporre della cosa entro un dato ambito*”; Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano, La proprietà*, Sampaolesi, Italia, 1926, vol. II.1, , reimpresión correcta de la primera ed. por Giuliano Bonfante y Giuliano Crifò (eds.), Italia, Giuffrè, 1966, p. 101, el cual, a propósito del ejercicio de la *actio iniuriarum* para tutelar la utilización de las aguas públicas, observa “*Il godimento positivo delle acque pubbliche è assicurato in linea di principio mediante l’actio iniuriarum. Nel concetto romano il contenuto del diritto, non essendo legato alla mia persona privata, non entra direttamente in discussione, ma entra in discussione l’offesa alla mia personalità*”. Raber, Fritz, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Austria-Alemania, Böhlau, 1969, pp. 162 y ss.; Wittmann, Roland, “Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage”, *ZSS*, Alemania, núm. 91, 1974, pp. 347 y ss. También Joseph Plescia en distintas contribuciones se ocupa de la *actio iniuriarum* reconocida para sancionar la lesión derivada del impedimento de utilizar una *res communis omnium, publica* o *mea*: “The development of ‘iniuria’”, *Labeo*, Italia, núm. 23, 1977, p. 286, en el que el estudio sostiene que el texto en examen es un ejemplo de la extensión de la *iniuria* hecha por los juristas. En particular, ubica al texto en el ámbito de la *coercition* y lo vuelve a citar donde afirma: “*Whoever prevents another from fishing in the sea ...*

Distintos estudiosos, si bien por medio de caminos diversos, entendieron que el impedimento habría lesionado la libertad personal de utilizar la

commits iniuria; Whoever forcibly prevents another from washing in public places... commits iniuria; ... Whoever forcibly prevents another from entering his own house commits iniuria, ... Whoever forcibly prevents another from using his own property commits iniuria". Respecto a estos ejemplos, se debe señalar que el texto de Ulpiano no contiene ninguna referencia a una constrictión; Id., "The development of the exercise of the ownership right in roman law", *BIDR*, Italia, núm. 88, 1985, p. 204, nota 133; Id., "The Roman Law of Waters", Italia, *Index*, núm. 21, 1993, pp. 434, el que, a propósito de las *res publico usui destinatione* observa: "they could be used by the citizens on the first-in-time first-in-right basis, provided that the usus was strictly for benefit (pro utilitate), so that if any one prevented a citizen from using them pro utilitate, he was liable to an action for personal wrong (actio iniuriarum), that is, for violation of a personal right"; p. 437, el que, sobre la base del texto de Ulpiano (D.47,10,13,7), observa correctamente que en el caso que fuese concedido a alguien "an exclusive right of fishing in a public area" se habría podido utilizar un interdicto para tutelar el uso exclusivo y p. 442; Polara, Giovanni, *Le "venationes". Fenomeno economico e ricostruzione giuridica*, Italia, Giuffrè, 1983, p. 9 nota 4 y p. 40 nota 50, trata, en relación al texto en examen, de la concesión de la *actio iniuriarum* (*ex lege Cornelia*), pero para uno de los particulares casos allí contemplados y, distintos de aquellos que hasta ahora nos hemos ocupado; Pólay, Elemér, *Iniuria Types in Roman Law*, Hungría, Akademiai Kiadó, 1986, pp. 117 y ss., quien, a propósito de la *iniuria* en el testimonio de Cicerón, cree que se debe conectar a la *iniuria ex lege Cornelia* (p. 117 y ss.), mientras que a propósito de la *actio iniuriarum* a la que se refiere Pomponio y Ulpiano en D.47,10,13,7, no me parece que tenga la misma opinión (pp. 164 y ss.); Donahue Jr., Charles, "Animalia ferae naturae: Rome, Bologna, Leyden, Oxford and Queen's County, N.Y.", en Bagnall, Roger S. y Harris, William V. (eds.), *Studies in Roman Law in Memory of A.Arthur Schiller*, Holanda, E. J. Brill, 1986, pp. 48 y ss.; Stolfi, Emanuele, *op. cit.*, nota 10, pp. 254 y ss., observa que Pomponio (al que Ulpiano adhería) habría reconocido una *iniuria* en los casos en que se hubiese prohibido ilegítimamente (según Stolfi, p. 255, nota 48, con el uso de la violencia o con otra forma de coacción) utilizar un bien propio o de uso público. Sini, Francesco, "Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica", *Diritto@Storia*, Italia, núm. 7, 2008; Schermaier, Martin Josef, "Private Rechte an res communes?" en Chevrau, Emmanuelle et al. (eds.), *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, De Boccard, 2012, pp. 793 y ss., según el cual "So wie der Prätor die allgemeine Nutzung mit Klagen (insbesondere der actio iniuriarum) sicherstellte, schützte er eine bereits ausgeübte Nutzung gegen Störungen durch Dritte. Damit hängt zweifellos zusammen, dass — wie schon erwähnt — feste Einrichtungen zur Nutzung von bona publica ein quasi-dingliches Recht begründeten, das sich sogar auf den gemeinschaftlichen Grund und Boden bezog"; Maddalena, Paolo, "I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi moderni", *Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, Italia, núm. 14, 2012, pp. 9, 30 y 33; Di Porto, Andrea, *op. cit.*, nota 10, p. 35; Lázaro Guillamón, Carmen, "Una asociación de pescadores e comerciantes de pesca a Carthago nova: ejemplo de economía social?", *Diritto@Storia*, Italia, núm. 11, 2013, *Memorie*; Alemán Monterreal, Ana, "La problemática del *litus maris* en Derecho romano y su pervivencia", *Anuario de Facultate de Dereito da Universidade da Coruña*, España, 17, 2013, pp. 566-567; Masi Doria, Carla, "*Litus maris*: définition et contro-verses", en Hermon, Ella y Watelet, Anne (dir.), *Riparia, un patrimoine culturel. La gestion intégrée des bords de l'eau*, Reino Unido, Archaeopress, 2014, p. 239.

cosa,¹⁵ y esta interpretación, según parte de la doctrina,¹⁶ sería corroborada por lo que afirma Cicerón en *Pro Caecina*, 12,35: *Actio enim iniuriarum non ius possessionis adsequitur imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat*.¹⁷

Útil para tratar de determinar con mayor precisión la *iniuria* sufrida por quien era impedido de utilizar una *res sua*, una *res in usu publico* y una *res communis omnium*, es la colocación del texto dentro del comentario de Ulpiano. Sobre la base de la reconstrucción palingenesica de Lenel¹⁸ y sobre los pasos de Pernice¹⁹ se puede observar que Ulpiano de D.47,10,11,9 a D.47,10,13

¹⁵ Cfr. Scialoja, Vincenzo, *op. cit.*, nota 14, pp. 224-225, según el cual la *actio iniuriarum* vendría concedida independientemente de la propiedad de la cosa, pero “*solo riferendosi al diritto che ognuno ha di servirsene*”. Según Scialoja la relación entre aquellos que tienen el derecho de usar las cosas públicas y las cosas mismas, sería considerado un derecho personal y por este motivo el impedimento al libre ejercicio constituiría una ofensa a la persona, porque implicaría una disminución de sus derechos. Es por esto que se habría concedida la *actio iniuriarum*; Scherillo, Gaetano, *op. cit.*, nota 7, pp. 149-150, según el cual la lesión moral, en este caso, derivaría del impedimento de ejercitar un derecho y en consecuencia de gozar de las cosas destinadas al uso público; García-Garrido, Manuel J., “Derecho a la caza y ius prohibendi en Roma”, *AHDE*, España, núm. 26, 1956, pp. 294; 312 y ss.; 331; Raber, Fritz, *op. cit.*, nota 14, p. 161, según el cual, en el texto en examen sería objeto de ataque el derecho de propiedad y el derecho a disponer del bien; Wittmann, Roland, *op. cit.*, nota 14, pp. 347 y ss., según el cual, de D.47,10,44 (Iav. 9 *ex post. Lab.*), D.19,1,25 (Iul. 54 *dig.*), D.47,10,24 (Ulp. 15 *ad ed. Praet.*) y D.47,10,13,7 (Ulp. 57 *ad ed.*) parecería deducirse que la limitación del derecho de propiedad, así como la limitación a utilizar un bien común, constituirían comportamientos *contumeliae causa*. Sobre este texto, cfr. más recientemente, Wacke, Andreas, “Proagonaler Euergetismus. Privates ‘Sport-Sponsoring’ nach römischen Rechtsquellen”, en Hallebeek, Jan *et al.* (eds.), *Inter cives necnon peregrinos. Essay in honour of B. Sirks*, Alemania, V&R unipress, 2014, pp. 771-772, según el cual “*der Kläger wehrt sich darin nicht gegen ihn beeinträchtigende Eingriffe in die öffentliche Sache (etwa Absperrungen), sondern er verhält sich (umgekehrt) im Rahmen von deren Zweckbestimmung und beansprucht (ohne die Sache zu verändern) seine Teilhabe am Gemeingebrauch*”.

¹⁶ Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 7, 396 y ss.; 405 y ss., quien subraya que los actos que apuntan a disminuir el uso de cosas de las que todos pueden disponer y de las cuales, entonces, consigue “*una diminuzione della libertà individuale*”, serían punidas, porque “*idonei a recare pregiudizio al prestigio dell’offeso*” (p. 405).

¹⁷ Respecto al texto de Cicerón, cfr. también Costa, Emilio, *Cicerone giureconsulto*, 2ª ed., Italia, Zanichelli, 1927, t. I, p. 156, según el cual en este texto con la *actio iniuriarum* se perseguiría el impedimento interpuesto a volver a entrar en la propia casa, porque con este impedimento vendría lesionada la libertad y la personalidad en uno de los aspectos más importantes.

¹⁸ Lenel, Otto, *op. cit.*, nota 11, coll. 770-771.

¹⁹ Pernice, Alfred, *op. cit.*, nota 11, p. 33, quien, en particular, en relación al texto que se está examinando y a la frase *si quis re mea uti me non permittat*, observa: “*In der Tat steht eine Beschränkung der bürgerlichen Handlungsfreiheit in Frage und damit der Bürgerstellung selbst*”. Véase también Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 7, p. 395, según el cual: “*L’illustrazione del fine perseguito dall’a. iniuriarum, in termini di punizione dell’atto di oltraggio alla dignità e al prestigio individuale goduto dalla vittima nell’ambito della Comunità, è già presente in Cicerone, come emerge dal celebre passo della Pro Caecina*”. Luego en la p. 405 y s., observa, con referencia a las *res in usu publico*, “*Il violento impedimento all’accesso al teatro, o alle terme pubbliche è interpretato, pertanto, come un’aggressione*

se ocupó de “*persönlichen Angriffe, die eine Verletzung der Bürgerstellung enthalten. Dahin gehören die Bedrohung der Bürgereigenschaft, die Beeinträchtigung bestimmter Bürgerrechte und die Antastung der Bürgerehre*”.²⁰

También a la luz de estas consideraciones, a mi me parece que el recurrir a la *actio iniuriarum* puede explicarse con la lesión de aquella *libertas* que está inescindiblemente ligada al ejercicio de un derecho reconocido al particular en tanto miembro de una Comunidad.²¹ La *prohibitio* comporta-

all'onorabilità e una diminuzione del prestigio personale dell'agredito all'interno della comunità, proprio perché il cittadino, in quanto tale, gode di un personalissimo diritto a servirsi di beni di cui tutti hanno il diritto di disporre liberamente” (los espacios son míos); en la p. 409, con referencia a la segunda parte del texto de D. 47,10,13,7 (*usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure...*), precisa “*Il rilievo che la pretesa di impedire la pesca non è fondata sul ius stabilisce il fondamento logico-giuridico dell'azione: la prohibitio è illegittima e pertanto integra la fattispecie d'iniuria: si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. Non è l'iniuria a legittimare l'azione, ma la prohibitio: dunque è l'atto di impedimento in sé a costituire iniuria*”.

²⁰ Pernice, Alfred, *op. cit.*, nota 11, p. 33.

²¹ No creo que sea suficiente para conceder la *actio iniuriarum* el hecho de que alguien fue-
ra obstaculizado en el ejercicio de un derecho suyo. Me parece interesante observar cómo en
relación a los vínculos obligacionales es difícil encontrar, para casos semejantes, la concesión
de la *actio iniuriarum*. Observa von Jhering, Rudolf, *op. cit.*, nota 14, pp. 52 y ss., lo raro de las
fuentes en las cuales se encuentre a la *actio iniuriarum* vinculada a relaciones obligacionales
y cita a Ulp. 30 *ad ed.* D.16,3,1,38 y Ulp. 41 *ad Sab.* D.9,2,41pr. El estudioso entendía que
habría existido una lesión personal aún en el caso del locador que cambia la cerradura para
impedirle al conductor que entre en el inmueble dado en locación y en otros casos parecidos
y observa: “*Dans tous ces cas, la lésion du droit est toute flagrante, frivole; elle n'offre pas même une
apparence de bon droit, et c'est en cela précisément que consiste la lésion personnelle*” (p. 53). Asimismo,
ponía de resalto la falta de la *actio iniuriarum* en casos semejantes a aquellos descritos y la
justificaba en estos términos: “*J'en trouve l'explication dans l'évolution qui s'est accomplie, en droit
nouveau, dans les act. bonae fidei. ... La jurisprudence moderne établit le principe que dans ces actions, le
juge doit tenir également compte d'intérêts de nature idéale... L'act. injur. devenait par là superflue dans
tous les contractus bonae fidei, le lésé pouvant atteindre le même résultat au moyen de l'action du contrat.
Ce dernier point résulte de la L. 1 & 38. Dep. cit., où l'on donne au déposant le choix entre l'act. depositi
et l'act. injur. sans indiquer une différence dans le résultat de l'une et de l'autre, ce qui eût été nécessaire dans
l'hypothèse contraire*” (p. 54). La explicación de von Jhering no me parece persuasiva, no sólo
porque de este modo no se justificaría la discusión sobre la concesión de la *actio iniuriarum* en
Ulp. 30 *ad ed.* D.16,3,1,38 (salvo que se entienda aquí *l'actio depositi in factum*). En este sentido,
por ejemplo, Maschi, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Italia,
Giuffrè, 1973, pp. 176-177; Panero, Ricardo, *Deponere y reddere en la actio depositi in factum*, España,
PPU, 1989, pp. 90-91; *contra* Metro, Antonino, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Italia,
Giuffrè, 1966, pp. 137 y ss.) y Ulp. 41 *ad Sab.* D.9,2,41pr. (sobre esto texto y con referencia
también a D.16,3,1,38, *cf.* Cursi, Maria Floriana, “Per una storia critica della tutela aquiliana
dei diritti assoluti, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Italia, Jovene,
2006, II, pp. 56 y ss.), sino porque otros eran los intereses tutelados por la acción contractual
respecto a la *actio iniuriarum*: por un lado el incumplimiento contractual y por el otro la lesión
personal. La ausencia incluso de una discusión sobre un eventual concurso de la *actio iniuria-*
rum en casos similares a los indicados por von Jhering, en mi opinión, dependía del hecho de

ría una lesión al honor del particular, porque implícitamente implicaría el desconocimiento de ser miembro de una Comunidad, como así también lo sugeriría el contexto en el cual el pasaje está colocado en el comentario de Ulpiano.²² Impedirle a un *civis* utilizar una cosa propia o una cosa de uso público e impedirle a un hombre (ciudadano o extranjero) utilizar una cosa común a todos los seres humanos comportaría una limitación arbitraria de su derecho, en tanto miembro de una Comunidad, de utilizar los respectivos bienes y eso se podría considerar una lesión al honor, porque sería como no reconocerlo ciudadano u hombre. Por ello, sí habría sido una lesión determinada por el impedimento al ejercicio de una actividad reconocida por el derecho,²³ lo que habría constituido una lesión al honor y a la dignidad, porque el ejercicio de ese derecho era concebido al particular en tanto *civis* o en tanto hombre, y entonces en tanto miembro de la Comunidad de los *cives* y de la Comunidad de los seres humanos.²⁴ La estructura argumentativa

que un similar impedimento no habría sido *in re ipsa* lesivo del honor del impedido, a diferencia de las hipótesis discutidas por Pomponio y Ulpiano, en las cuales la *prohibitio* implicaría el desconocimiento de ser miembro de la Comunidad.

²² Pernice, Alfred, *op. cit.*, nota 11, pp. 33 y ss.

²³ Así Grosso, Giuseppe, *op. cit.*, nota 10, pp. 48 y ss.; 56 y ss.

²⁴ Esto, por otra parte, también me parece coherente con las observaciones de Cursi, Maria Floriana, “Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 c.c.”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Italia, Jovene, 2003, p. 129, según la cual: “*ciò che per noi è diritto della persona, nell’impostazione trasmessaci dal giusnaturalismo che ha enfatizzato il ruolo dei diritti innati, per i Romani assume la veste di valore meta-individuale, legato alla logica della tutela del gruppo e non dell’individuo in sé*”. Sobre esto *cf.* también Pugliese, Giovanni, “‘*Res corporales*’ ‘*res incorporales*’ e il problema del diritto soggettivo”, *RISG*, Italia, núm. 5, 1951 (= en *Scritti giuridici scelti*, Italia, Jovene, 1985, t. III, pp. 237 y ss., desde el cual se cita); Biondi, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, Italia, Giuffrè, 1952, t. II, pp. 345 y ss.; Flückiger, Felix, *Geschichte des Naturrechts*, Suiza, Evangelischer Verlag, 1954, t. I, pp. 280 y ss.; Villey, Michel, “*Suum jus cuique tribuens*”, en *Studi P. de Francisci*, Italia, Giuffrè, 1956, t. I, pp. 361 y ss.; Id., *Le droit et les droits de l’homme*, Francia, Presses universitaire de France, 1983, pp. 55 y ss.; Coing, Helmut, “Zur Geschichte des Begriffs ‘subjektives Recht’”, en Coing, Helmut *et al.* (eds.), *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Alemania, Metzner, 1959, pp. 7 y ss.; Orestano, Riccardo, “Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale”, *Jus*, Italia, XI, fasc. II, 1960, pp. 149 y ss., quien reconoce el hecho de que los juristas romanos algunas veces veían las situaciones jurídicas *a parte subietii*, pero no por ello se puede desconocer que el derecho romano más bien hubiese asumido una posición “*obiettivistica*”; Crifò, Giuliano, “Diritti della personalità e diritto romano cristiano”, *BIDR*, Italia, núm. 64, 1961, pp. 33 y ss.; Albanese, Bernardo, “Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo”, en *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, Italia, Giuffrè, 1963, pp. 3 y ss. (= en *Scritti giuridici*, Palumbo, Italia, 1991, t. I, pp. 351 y ss.); Gioffredi, Carlo, “Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano”, *BIDR*, Italia, núm. 70, 1967, pp. 227 y ss.; Catalano, Pierangelo, “Diritto, soggetto ed oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D.1,1,12”, en *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, Italia, Jovene, 2001, t.

utilizada por Ulpiano, en los pasos de Pomponio, parece sugerir este punto de vista porque la pregunta parte del impedimento de usar un bien común a todos los hombres para luego pasar a bienes de uso público y de disposición de todos los *cives* y, finalmente, a los bienes de propiedad individual.

Se podría pensar que la *actio iniuriarum* era concebida para sancionar la imposibilidad de utilizar la *res mea*, la *res in usu publico*, porque el obstáculo de otro a la libertad de utilización del *civis* de estos bienes parecía significar una falta de reconocimiento del ser *civis*, como si se dijera que uno no es ciudadano o que no es miembro del *populus Romanus Quirites* y claramente eso habría sido considerado por los juristas romanos como una grave lesión al honor.²⁵ Del sentido del texto parecería que los juristas habrían extendido la tutela de la *actio iniuriarum* para también sancionar la lesión derivada del impedimento de utilizar las *res communes omnium*²⁶. Esta vez ya no se podría pensar que la lesión a la víctima fuese el ser considerado “no romano” y un “no perteneciente a la Comunidad de ciudadanos”, sino ser considerado un “no ser humano”, porque a todos los seres humanos les pertenecen las *res communes omnium*. En mi opinión, es sobre esta lesión de no ser considerado perteneciente a la Comunidad de ciudadanos u a la Comunidad de los seres humanos que se debe poner la atención, más que sobre la protección de un derecho subjetivo de libertad individual, típico de la perspectiva moderna.²⁷ La libertad de disponer

II, pp. 97 y ss.; Saccoccio, Antonio, “Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e ‘class actions’”, en Garofalo, Luigi (ed.), *Actio in rem’ e ‘actio in personam’*. In ricordo di Mario Talamana, Italia, CEDAM, 2011, t. I, pp. 738 y ss.

²⁵ Se deben señalar, en el contexto de estas reflexiones, las palabras de Catalano, Pierangelo, “Droit naturel, ius Quiritium: observations sur l’anti-individualisme de la conception romaine de la propriété”, en Schipani, Sandro y Terracina, Giuseppe (eds.), Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Italia, Tiellemmedia, 2009, pp. 126-127: “Ius Quiritium (c’est-à-dire ius omnium) est donc la ‘position juridique’ de chacun des Quirites. Le rappel de la ‘position’ de Quiris (titulaire du ius Quiritium) dans la vindicatio, dans la mancipatio, dans la in iure cessio, sert à exclure les peregrini de ces actes; d’autre part, ce rappel implique une analyse de la ‘position’ de Quiris: les formules de ces actes relient étroitement le meum esse et le liberum esse à la position de Quiris, de citoyen. Tout ceci permet de confirmer l’intuition de Marx: la propriété romaine est, de par sa connexion avec la citoyenneté, profondément différente de la propriété bourgeoise”.

²⁶ Son interesantes, a estos fines, las observaciones de Scherillo, Gaetano, *op. cit.*, nota 7, p. 184, quien, a propósito de las *res communes omnium*, observa: “Esse erano concepite come cose appartenenti a tutti gli uomini, non al genere umano inteso come persona giuridica astratta o collettiva, ma a ciascun uomo: dato che tale concetto è il prodotto di una differenziazione compiutasi entro il gruppo delle cose pubbliche, è ovvio che non vi si sarebbe potuto arrivare se non partendo dal presupposto appartenere le cose pubbliche ai membri del gruppo; rispetto alle res communes omnium il gruppo è più vasto, ma il concetto dell’appartenenza non muta”.

²⁷ García-Garrido, Manuel J., *op. cit.*, nota 15, pp. 294 y 331, según el cual Ulpiano, en D.47,10,13,7, habría afirmado la libertad de caza “como secuela de un derecho natural humano a la caza, protegida por el derecho objetivo” (p. 294) y la *actio iniuriarum* habría protegido

de la cosa, de la cual habla Cicerón, es una libertad que pertenece al hombre no como individuo, sino como parte de un grupo.²⁸ La ofensa, la *contumelia* penalizada con la *actio iniuriarum* deriva propiamente de la lesión al honor de la víctima, por no haber sido reconocida como miembro de la Comunidad y, en cuanto tal, titular de una libertad de utilización de la cosa.²⁹

Me parece útil subrayar que una lectura similar no se contrapondría a la preeminencia dada por el derecho romano a los intereses colectivos en relación a aquellos individuales.³⁰ Quisiera observar que el texto de Ulpiano testimonia indirectamente la atención de los juristas romanos no sólo en la utilización de lo que es mío, sino también de lo que es (de uso) público y común a todos, y por lo tanto la no primacía dada a la forma de pertenencia de la propiedad individual, confirmando la sociabilidad, el aspecto social, del derecho romano.

“el derecho subjetivo de libertad individual” (p. 331); Zoz, Maria Gabriella, *op. cit.*, nota 10, p. 184, según la cual la utilidad derivada de la utilización de las *res communes omnium* sería “*considerata individuale, e diventando esso un vero e proprio diritto soggettivo viene protetta dall'autodifesa privata*”. Respecto a esta perspectiva subjetivista, se debe más bien observar la diferencia con aquella romana, en base a la cual el particular en cuanto *civis* habría podido reclamar el *meum esse ex iure Quiritium* sobre una posición de *ager* romano. Sobre esto, *cf.* Catalano, Pierangelo, *op. cit.*, nota 2, pp. 71 y ss.; 151 y ss., el cual considera algunas intuiciones de Marx “*fondamentalmente esatte: il nesso tra potere del singolo cittadino su una porzione di ager e carattere romano dell'ager stesso (...); il nesso tra concezione del populus (e del cittadino) e proprietà garantita ereditariamente “al maggior numero possibile di cittadini” (qui il Marx riporta le parole del Niebuhr, anche quanto all'aspetto religioso)*” (p. 153); Cardilli, Riccardo, “Schemi giuridici dell'appartenenza della terra nella tradizione civilistica e diritto russo”, *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Euroasia e in America Latina*, Italia, núm. 34, 2013, p. 275.

²⁸ Esto, entonces, resulta más evidente si se considera el tentativo de Ebuizio, recordado primero por Cicerón (*Pro Caec.* 7,18), de no reconocer la capacidad de heredar de Cecina, *quod is deteriore iure esset quam ceteri cives propter incommodum volterranorum calamitatemque civilem*.

²⁹ Una parte de la doctrina sostiene que en este texto, como en D.47,10,24 y D.19,1,25, no habría ningún énfasis sobre circunstancias subjetivas. Così Raber, Fritz, *op. cit.*, nota 14, pp. 162 y ss.; contra, aunque sin especificar lo que constituye una lesión, Hagemann, Matthias, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Austria-Alemania, Böhlau, 1998, pp. 106 y 142. Diversamente, Donahue Jr., Charles, *op. cit.*, nota 14, pp. 48 y ss., según el cual, en el caso en discusión, la *actio iniuriarum* estaría fundada en el impedimento de utilizar una cosa pública, y no determinado, por ejemplo, por el hecho de que se tratase del último lugar disponible, sino por la mera voluntad de impedir el uso de los demás, observando a este respecto “*At least in this case, therefore, a subjective element must be present: the animus iniurandi is essential*”.

³⁰ De Martino, Francesco, “Introduzione (1979)”, en *Diritto e società nell'antica Roma*, Italia, Editori Riuniti, 1979, p. XVIII; Id., “Individualismo e diritto romano privato”, *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Italia, XVI, 1941, p. 3 (ensayos reproducidos en la colección *Diritto romano e sistemi giuridici* del Centro per gli studi su diritto romano e sistemi giuridici, Giappichelli, Torino, 1999), relativamente a los sistemas jurídicos individualistas, observaba: “*Individualistico è dunque un sistema, in cui la libertà individuale è concepita e regolata come fine a se stessa, al di fuori di qualsiasi subordinazione agli interessi del gruppo, i quali sono considerati nient'altro, che la somma degli interessi individuali, che, dovendo coesistere, si limitano reciprocamente in senso negativo*”.

III. I.1,8,2 ...*EXPEDIT ENIM REI PUBLICAE,
NE QUIS RE SUA MALE UTATUR*

1. *La fuente*

Instituciones 1,8,2 muestra una implicación distinta de la relación entre el particular y la Comunidad de la cual él es miembro, porque evidencia principalmente la función de garantía que la Comunidad otorga sobre los posibles abusos que el propietario pueda hacer de su cosa. La Comunidad, como veremos, pone límites respecto a la utilización que el propietario (miembro de ella) pueda hacer de su cosa, en garantía del más alto interés colectivo.

I.1,8,2

*Sed hoc tempore nullis hominibus qui sub imperio nostro sunt licet sine causa legibus cognita et supra modum in servos suos saevire. nam ex constitutione divi Pii Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur quam qui servum alienum occiderit. sed et maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coercetur. nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis qui ad aedem sacram vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos bonis condicionibus vendere, ut pretium dominis daretur: et recte; expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur...*³¹

En este texto, como similarmente se afirmó en el pasaje de las Instituciones de Gayo³² tomado como modelo por los compiladores, se afirma de ma-

³¹ “Pero en la actualidad no es lícito á ningún hombre, de los que están bajo nuestro imperio, ensañarse sobre manera con sus esclavos sin causa reconocida por las leyes. Pues por una constitución del Divino Pío Antonino, el que sin motivo matare á su esclavo, es mandado castigar no menos que el que hubiere matado á un esclavo ajeno. Mas por la constitución del mismo príncipe se reprime tambien la excesiva asperenza de los señores. Pues consultado por algunos presidentes de las provincias acerca de los esclavos que se acogen á edificio sagrado ó á las estatuas de los príncipes, dispuso que si pareciese intolerable la crueldad de los señores, fueran obligados á vender sua esclavos bajo buenas condiciones para que se diese su precio á los señores; y con razón. Pues conviene á la república, que nadie use mal de sus bienes...” traducción por García del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano*, Primera parte, Instituta-Digesto, J. Molinas, España, 1889, reimp. Lex Nova, España, 1988, t. I, p. 12.

³² Gai. 1,53: *Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullius aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire; nam ex constitutione imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur; nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit; male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.*

nera clara que es interés de la *res publica* que uno no use mal las propias cosas.³³ El contexto en el cual debe ser colocada la afirmación de Justiniano es aquel del maltrato *sine causa* sufrido por los siervos, tan exagerado e injusto, por parte de sus propietarios. En relación a estas problemáticas, como se recuerda en el texto de las Instituciones, había ya intervenido una constitución del emperador Antonino Pío, en la cual se preveía que quien hubiese matado, sin motivo, a un siervo propio habría sido penado de la misma manera que se castiga a quien hubiese matado un siervo ajeno.³⁴ De modo similar el emperador Antonino Pío había también establecido, en otra constitución, que cuando los siervos se hubiesen refugiado en un templo o bajo la estatua del emperador para escapar de la tortura de sus propietarios, los presidentes (*praesides*) de las provincias debían venderlos a un buen precio y dar lo obtenido a sus propietarios. Las medidas del emperador Antonino Pío constituyen un ejemplo, ya en la lectura que hacía Gayo en el texto de las instituciones tomado como modelo por los compiladores, de cómo no se puede hablar, para el derecho romano, de poder absoluto e ilimitado del propietario del bien.³⁵ Justiniano, sobre el

³³ Sobre este texto, recientemente, Cursi, Maria Floriana, “Il divieto degli atti di emulazione”, en Reinoso Barbero, Fernando (coord.), *Principios Generales del Derecho, Antecedentes Histórico y Horizonte Actual*, España, Thomas Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 612-613. Son interesantes las observaciones de Riccobono, Salvatore, “La teoria dell’abuso del diritto nella dottrina romana”, *BIDR*, Italia, 46, 1939, pp. 18 y ss., ya que si bien el autor sólo evidencia en el derecho romano sucesivo la protección de los intereses de la *civitas* respecto al derecho del propietario, no puede dejar de observar (a diferencia de V. Scialoja) el importante significado de estos textos, en relación a la concepción del derecho de propiedad como derecho absoluto.

³⁴ En relación a la sanción *cf.* Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano*, Diritto di famiglia, Sampaolesi, Italia, 1925, t. I, reimpresión corregida de la 1ª ed. por Giuliano Bonfante y Giuliano Crifò (eds.), Giuffrè, Italia, 1963, p. 149, según el cual el *dominus* habría podido elegir entre la *actio ex lege Aquilia* y la acción pública. No obstante *cf.* I.4,3,11. Sobre la sanción *cf.* también Marc. 14 *Inst.* D.48,8,1,2 y Coll. 1,3,2 y, para la literatura más reciente, Miglietta, Massimo, «*Servus dolo occisus*». *Contributo allo studio del concorso tra ‘actio legis Aquiliae’ e ‘iudicium ex lege Cornelia de sicariis’*, Jovene, Italia, 2001, p. 17, nota 24; Reduzzi, Francesca, “Tra «actio legis Aquiliae» e «iudicium ex lege Cornelia de sicariis», *Index*, Italia, núm. 30, 2002, pp. 395 y ss.; Caravaglios, Adelaide, “...Male nostro iure uti non debemus: abuso di diritto o eccesso di potere nell’esercizio di un diritto?”, en *Principios Generales del Derecho, Antecedentes Histórico y Horizonte Actual*, España, Thomas Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 673-674, nota 37.

³⁵ Distinta parece la lectura hecha de esta fuente por De Martino, Francesco, *Individualismo op. cit.*, nota 30, p. 33 (*cf. infra*, nota 39) De la lectura de I.1,8,2 se deduce que el interés colectivo, aquel de la *civitas* y de la *res publica* era sentido por el emperador Justiniano, pero implícitamente también por Gayo, como preeminente respeto al derecho reclamado por el particular sobre una *res*, aun cuando fuese suya. Esto parece mostrar dos aspectos importantes que entre ellos interactúan: que la Comunidad tiene interés en que el propietario (miembro de ella, en el caso particular Justiniano habla de *homines, qui sub imperio nostro sunt* y de *res publica*, Gayo se refería a los *cives Romani* y a los *alii homines, qui sub imperio populi Romani sunt*) no utilice mal su cosa y que si eso sucedía, tal conducta fuere sancionada; y que el derecho romano no ha elaborado la

modelo de las Instituciones de Gayo³⁶ (quien afirmaba *male enim nostro iure uti non debemus*), recuerda estas constituciones en sus Instituciones y muestra un principio³⁷ importante: *expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*, es decir el interés de la *res publica* en que ninguno use mal de su cosa.

propiedad como un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa, sino más bien como un derecho que está sujeto al control del interés preeminente de la colectividad. Es la *res publica*, como fue subrayado por la doctrina, la que evalúa los límites de la correcta utilización de los bienes que de ellos hacen sus propietarios. En el periodo de Justiniano, pero como surge del texto de Gayo tomado como modelo por los compiladores también en el periodo de los Antoninos y en realidad ya en el periodo republicano, existen testimonios de un "control" de la Comunidad sobre la utilización de algunos bienes por su propietario, dictados por la exigencia de salvaguardar el interés colectivo. Nöcera, Guglielmo, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana*, Italia, Giuffrè, 1962, p. 33, quien entiende que la intervención de la *res publica* era para defender el derecho de propiedad del *dominus servi*, como lo demuestra I.1,3,4 y la propiedad en general, como para el autor lo demostraría el texto de las Instituciones de Justiniano que se está examinando. Entonces la *res publica* no intervendría para tutelar los intereses de la Comunidad, sino el derecho de propiedad de los *domini* y la propiedad en general. La afirmación de Justiniano *expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*, en base a la cual es interés de la *res publica* que nadie use mal sus cosas, no me parece que pueda ser leída como una intención de proteger la propiedad en general, la que en este caso se estaría protegiendo por el propietario. Más bien me parece, como se ha buscado de demostrar, que con esta afirmación se quisiera proteger los intereses de la *res publica*, de la Comunidad. En este sentido, recientemente, Diliberto, Oliviero, "Il diritto di proprietà: estensione e limiti. Dal diritto romano ai codici contemporanei. Cenni critici", *Roma e America. Diritto romano comune*, Italia, núm. 28, 2009, pp. 64-65; Cursi, Maria Floriana, *op. cit.*, nota 33, p. 612. Sobre la interpretación del texto, *cf.* también Watson, Alan, *Legal Origins and Legal Change*, Reino Unido-USA, Hambledon Press, 1991, pp. 286 y ss.

³⁶ *Cfr.* Riccobono, Salvatore, *op. cit.*, nota 33, pp. 18 y ss.; Solazzi, Siro, "L'abuso del diritto in Gai. 1,53", *SDHI*, Italia, 20, 1954, pp. 304 y ss. Sobre los problemas debatidos en el texto, Liebs, Detlef, "Der Schutz der Privatsfäre in einer Sklavenerhaltungseinführung: Aussagen von Sklaven gegen ihren Herren nach römischem Recht", *BIDR*, Italia, 83, 1980, pp. 178 y ss.; Robinson, Olivia, "Slaves and the Criminal Law", *ZSS*, Alemania, 98, 1981, pp. 222 y ss.; Sordi, Marta, *Paolo a Filemone o della schiavitù*, Italia, Jeca Book, 1987, pp. 35 y ss.; Mantovani, Dario, "Sulla competenza criminale del 'praefectus urbi' attraverso il 'liber singularis' di Ulpiano", en Burdese, Alberto (ed.), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Italia, CEDAM, 1988, pp. 200 y ss.; McGinn, Thomas A.J., "Ne serva prostituatur: Restrictive Conventions in the Sale of Slaves", *ZSS*, Alemania, 107, 1990, p. 342, notas 98 y 99; Quadrato, Renato, "L'abuso del diritto nel linguaggio romano: la regola di Gai. Inst. 1.53", en Bianco, Orazio y Tafaro, Sebastiano (eds.), *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del convegno internazionale di studi, Lecce, 5-6 dicembre 1994*, Italia, Congedo, 2000, pp. 65 y ss. (= en *Gaius dixit la voce di un giurista di frontiera*, Italia, Cacucci, 2010, pp. 117 y ss., desde el cual se cita); Botta, Fabio, "Ecl.17,21: alle origini dell'obbligo giuridico di fedeltà tra coniugi", en *Studi per Giovanni Nicosia*, Italia, Giuffrè, 2007, t. I, pp. 78 s.; Longchamps de Bérier, Franciszek, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Italia, Giappichelli, 2013, pp. 156-157; Cursi, Maria Floriana, *op. cit.*, nota 33, p. 612; Caravaglios, Adelaide, *op. cit.*, nota 34, pp. 673 y ss., según la cual con referencia al texto de Gayo se puede hablar "di eccesso di potere nell'esercizio di un diritto piuttosto che di abuso di diritto vero e proprio".

³⁷ Schipani, Sandro, "Expedit enim rei publice ne quis re sua male utatur", en Schipani, Sandro y Terracina, Giuseppe (eds.), *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi*

2. Propiedad y Comunidad en I.1,8,2

De la lectura de I.1,8,2 se deduce que el interés colectivo,³⁸ aquel de la *civitas* y de la *res publica* era sentido por el emperador Justiniano,³⁹ pero implícitamente también por Gayo, como preeminente respeto al derecho

e la codificación. *La legge sui diritti reali*, Italia, Tiellemmedia, 2009, p. 339; Diliberto, Oliviero, *op. cit.*, nota 35, p. 65.

³⁸ Otro texto que, como bien había entendido De Martino, Francesco, “Introduzione” *op. cit.*, nota 30, p. XI, pone en evidencia la preeminencia de los intereses públicos sobre aquellos privados, es tomado de la *Noctes Atticae* de Gelio (4,12,1). En el texto si afirma que quien hubiese descuidado el propio fundo, el que potencialmente habría podido tener mejor y más redituable destino, habría sido afectado por la actividad de los censores, con las inevitables repercusiones políticas. Sobre este texto, además de De Martino, *cf.* también Brugi, Biagio, “Vigilanza dei censori sulla coltivazione dei fondi”, *Rivista di diritto agrario*, Italia, X, núm. 1, Gennaio-Marzo 1931, p. 50; Fraccaro, Plinio, ‘Tribules’ ed ‘aerarii’, *Athenaeum*, Italia, 21, 1933, pp. 150 y ss.; de Francisci, Pietro, “Appunti intorno ai mores e alla storia della proprietà romana”, en *Studi in onore di M. Segni*, Italia, Giuffrè, 1967, t. I, pp. 616 y ss.; Capogrossi Colognesi, Luigi, “voce Proprietà”, en *ED*, Giuffrè, Italia, 1988, vol. XXXVII, pp. 193-194; P. Catalano, *op. cit.*, nota 25, p. 124; Diliberto, Oliviero, *op. cit.*, nota 35, pp. 65 s.; Humm, Michel, “Il regime *morum* dei censori e le identità dei cittadini”, en Corbino, Alessandro *et al.* (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana. Dall’epoca di Plauto a Ulpiano*, Italia, Ius Press, 2010, pp. 292 y ss. Sobre la *utilitas publica*, recientemente Scevola, Roberto, *Utilitas publica*, II, *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Italia, CEDAM, 2012, p. 351 y nota 66; Caravaglios, Adelaide, *op. cit.*, nota 34, pp. 680 y ss.

³⁹ Gayo, y Justiniano sobre su modelo, cita en este contexto dos constituciones del emperador Antonino Pío, con las que quiere limitar el poder del propietario respecto a la crueldad que este puede ejercer sobre su siervo, aún cuando se trate de una *res* de su propiedad. Cursi, Maria Floriana, *op. cit.*, nota 33, pp. 612-613, considera que un paso hacia la *ratio* justiniana es ya evidente en las Istituciones de Gayo, que reflejaría “*l’esigenza di usare in maniera “economica” le proprie cose, assimilabile alla ratio che impedisce al prodigo l’amministrazione del proprio patrimonio per evitare il rischio di dilapidarlo. La logica della subordinazione all’interesse pubblico dell’esercizio del proprio diritto viene esattamente colta dai commissari giustiniani e resa ancora più esplicita rispetto al testo gaiano nel corrispondente passo delle Istituzioni con un riferimento alla res publica*”. Del tenor del rescrito del emperador Antonino Pío a Elio Marciano (contenido en Ulp. 8 *de off. procons.* D.1,6,2 y en Coll.3,3,2) resulta que la cancellería imperial buscaba el equilibrio entre el derecho del propietario, explícitamente reconocido (... *Dominatorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi...*), con el de los siervos que pedían ayuda al emperador contra el abuso y el uso incorrecto que de ellos hacía su propietario. Ahora bien, no se puede esconder que la aclaración *sed dominorum interest...* contenida en el rescrito, como lo nota De Martino, Francesco, *Individualismo...*, *cit.*, nota 30, p. 33, parecería hacer pensar que la intervención de la cancellería imperial estaba siempre a favor del interés de los propietarios, sin embargo al mismo tiempo no se puede esconder la lectura que de las constituciones del emperador Antonino sobre estos temas hace Gayo. El jurista encuentra que la *ratio* de las medidas imperiales es: *male enim nostro uti non debemus*. Esto no me parece que haya sido debidamente considerado por De Martino.

reclamado por el particular sobre una *res*, aún cuando fuese suya.⁴⁰ Esto parece mostrar dos aspectos importantes que entre ellos interactúan: que la Comunidad tiene interés en que el propietario (miembro de ella, en el caso particular Justiniano habla de *homines, qui sub imperio nostro sunt* y de *res publica*, Gayo se refería a los *cives Romani* y a los *alii homines, qui sub imperio populi Romani sunt*)⁴¹ no utilice mal su cosa y que si eso sucedía, tal conducta fuere sancionada; y que el derecho romano no ha elaborado la propiedad como un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa, sino más bien como un derecho que está sujeto al control del interés preeminente de la colectividad. Es la *res publica*, como fue subrayado por la doctrina,⁴² la que evalúa los límites de la correcta utilización de los bienes que de ellos hacen sus propietarios. En el periodo de Justiniano, pero como surge del texto de Gayo tomado como modelo por los compiladores también en el periodo de los Antoninos y en realidad ya en el período republicano,⁴³ existen testimonios de un “control” de la Comunidad sobre la utilización de algunos bienes por su propietario, dictados por la exigencia de salvaguardar el interés colectivo.

⁴⁰ Catalano, Pierangelo, *op. cit.*, nota 25, pp. 128-129, observa que la afirmación de Justiniano, en I.1,8,2, no permitiría un aislamiento del derecho de la moral.

⁴¹ En el texto de las Instituciones de Justiniano el miembro de la Comunidad es cualquier *homo, qui sub imperio nostro est*. Esta perspectiva más amplia es una expresión de la vocación universal que caracteriza a la *civitas romana*. Respecto a las mutaciones que el texto de Gayo 1,53 sufre en D.1,6,1,2 y en el texto de las Instituciones de Justiniano que lo toma como modelo, *cf.* Catalano, Pierangelo, “Alcuni sviluppi sul concetto giuridico di imperium populi Romani”, en *Popoli e spazio romano tra diritto e profezia*, Italia, ESI, 1986, pp. 649 y ss.; Id., “Impero: un concetto dimenticato nel diritto pubblico”, en Alzati, Cesare (ed.), *Cristianità ed Europa. Miscellanea di Studi in onore di Luigi Prosdocimi*, Italia-Alemania-Austria, Herder, 2000, t. II, p. 39, el cual observa: “*I lati interno ed esterno dell'imperium populi Romani sono inscindibili (...) e subiscono alterazioni anche congiuntamente (vedi ad es. la manipolazione del passo gayano in D.1,6,1,2, ove scompare il riferimento ai cives Romani e si usa l'espressione imperium Romanum): per la generalizzazione della cittadinanza da un lato e l'accentramento del potere nell'imperatore dall'altro*”.

⁴² Schipani, Sandro, *op. cit.*, nota 37, p. 339, observa que el emperador Antonino Pío, en sus constituciones, había motivado su intervención con el interés de los propietarios de los siervos a que estos, en tales condiciones, sean tutelados (como se desprende de D.1,6,2; Coll. 3,3) y especifica que con la expresión *Expedit enim rei publice ne quis re sua male utatur* “*ai «proprietario» viene sostituita la comunità organizzata; ciò che è «suo» di un proprietario si estende dalla proprietà dei servi a quella di qualsiasi cosa*”. En el mismo sentido, Diliberto, Oliviero, *op. cit.*, nota 35, p. 65.

⁴³ Véase por ejemplo el testimonio de Catón dado por Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 4,12,1: *Si quis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat, sive quis arborem suam vineamque habuerat derelictui, non id sine poena fuit, sed erat opus censorium censorisque aerarium faciebat. 2 Item, qui eques Romanus equum habere gracilentum aut parum nitidum visus erat «inpolitia» notabatur; id verbum significat quasi tu dicas «incuriae». 3 Cuius rei utriusque auctoritates sunt et M. Cato id saepe numero adtestatus est.*

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las dos fuentes que he utilizado confirman la importancia dada por el derecho romano a la relación entre el particular y la Comunidad de la cual él es miembro. Como he intentado demostrar, a mi me parece que la *actio iniuriarum* en los temas tratados por Ulpiano en el texto reproducido en D.47,10,13,7 apuntaban a sancionar la lesión a la persona derivada del hecho de no poder utilizar las *res* que el particular, en cuanto miembro de la Comunidad, habría tenido el derecho de usar. Por esto me parece que en estos casos, la relación entre el particular y la Comunidad de la cual él es miembro justifica el derecho de usar determinadas *res*, y la *actio iniuriarum* interviene para sancionar la lesión al honor del particular como consecuencia del impedimento de usarlas, porque sería como no considerar al particular como miembro de la Comunidad de los *cives* o de los seres humanos. El texto tomado de las Instituciones de Justiniano muestra una diferente, pero interesante, implicación de la relación entre el particular y la Comunidad de la cual él es parte: Justiniano afirma que es interés de la *res publica* que nadie utilice mal sus cosas. Por lo tanto, la Comunidad debe controlar, como garantía de los intereses sociales, que el propietario, miembro de la Comunidad, no utilice mal sus cosas.

SISTEMA Y *ALLGEMEINER TEIL*. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL PELIGRO DE ABSTRACCIÓN*

Riccardo CARDILLI**

SUMARIO: I. *El sistema de las ‘tres partes’ en las obras de la jurisprudencia clásica.* II. *‘Systema’ y codificación de Justiniano.* III. *El sistema iusnaturalista y su ruptura con la tradición romana.* IV. *El sistema pandectístico.* V. *El peligro de la abstracción.* VI. *El peligro de generalización.* VII. *Consideraciones conclusivas*

I. EL SISTEMA DE LAS ‘TRES PARTES’ EN LAS OBRAS DE LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA

El modelo de las ‘tres partes’ personas-cosas-acciones es el poderoso resultado de una interpretación innovadora de los juristas romanos de la edad clásica (que —como ha resaltado con autoridad don Alejandro Guzmán— cabo la influencia del modelo retórico bien planteado en los *Tópica* de Cicerón)¹ respecto de aquellas diversas sistemáticas más antiguas que organizaban el *ius* sobre órdenes sistemáticos diferentes: como aquel antiguo de las XII Tablas (451-450 a.C.) para nosotros de imposible reconstrucción detallada, pero que contenía seguramente en las primeras tablas el tratamiento del *agere (in ius*

* Traducción en castellano de Paula Robleda, estudiante de PhD en la Universidad de Roma “Tor Vergata”.

** Director del Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos, Universidad de Roma “Tor Vergata”.

¹ Guzmán Brito, Alejandro, “El carácter dialéctico del sistema de las Instituciones de Gayo”, *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*, Chile, Universidad Católica de Chile, 2007, pp. 427-458; Id., “La tripartición del ‘*omne ius*’ en ‘*personae res actiones*’ y la doctrina retórica de las ‘*circumstantiae*’”, *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, IV, Italia, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 2429-2448.

vocatio, manus iniectio); aquel del Edicto del pretor construido en modo estratificado desde el siglo II a.C. sobre el cual los juristas romanos operaron una racionalización hasta la definitiva codificación del Edicto realizada por el jurista Juliano bajo el imperio de Adriano.

El modelo sistemático personas-cosas-acciones es propio del género literario jurídico de *ius civile* (y que incluye poco a poco también el *ius gentium*) y madura en una lenta reflexión sistemática desde los 18 libros de derecho civil de Quinto Mucio Scevola (II y I siglo a.C.) y de los 3 libros de derecho civil de Masurio Sabino bajo el imperio de Tiberio, que reflejan aún una sistemática no conforme al modelo de las tres partes, al menos en el orden que nosotros conocemos y que, en las Instituciones de Gayo, se encuentra plenamente madurada.

Se trata por lo tanto, de un modelo sistemático de origen jurisprudencial que se propone organizar el saber jurídico en una forma sintética, centrando los diversos institutos presentes en el derecho romano en torno a tres conceptos fundamentales, estrechamente relacionados: la persona humana, las cosas (corporales e incorpóreas) y las acciones. La perspectiva romana, es importante resaltarlo de inmediato, es fuertemente concreta, no es fruto de abstracciones, sino que tiende a construir conceptos muy enraizados en la realidad, sin tornar 'abstracto' el discurso jurídico como generalmente hace el saber jurídico moderno, sino que tiende a recoger el fundamento real de la categoría jurídica.

Esto es muy evidente en la limitación del concepto de persona al ser humano en sus diversos *status* (en el ámbito de la sociedad de todos los hombres, distinguiendo entre libres y esclavos; en el ámbito de la sociedad de los ciudadanos, distinguiendo entre ciudadanos romanos y extranjeros; en el ámbito de la sociedad familiar, distinguiendo entre *pater familias*, hijos e hijas, esposa, otras personas sujetas al poder del padre, esclavos). Se trata de un derecho de las personas no caracterizado por una lectura individualista del sujeto respecto al derecho, con la dicotomía moderna de la capacidad individual respecto al derecho diferenciada en capacidad jurídica y capacidad de ejercicio. Existen, al contrario, estatutos jurídicos diferenciados de las personas humanas, dentro de los cuales rige el principio de igualdad. Una igualdad en los *status* desiguales y no un igualitarismo del individuo frente al derecho.²

También en el ámbito de las cosas, la palabra latina *res* que tiene un amplio espectro semántico, sirve para representar la organización de la realidad no humana (viviente o inanimada) en torno a la persona humana, en correspondencia a su posibilidad de apropiación y de uso por parte del

² Véase Catalano, Pierangelo, *Diritto e persone*, Italia, Giappichelli, 1990, t. I, pp. 163 y ss.; 195 y ss.; Tafaro, Sebastiano, 'Ius hominum causa constitutum'. *Un diritto a misura d'uomo*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

hombre singular o de una colectividad de hombres o a su imposibilidad: de ahí la distinción fundamental de las *res* en *humanae* y *divinae*, o en *publicae* y *privatae*, y la actualísima construcción conceptual de las *res* que por naturaleza son *communes omnium*.³

La atracción de una serie de *iura* en la categoría de las *res*, mediada por la dicotomía entre cosas tangibles (corporales) e intangibles (incorporales), no está por lo demás caracterizada por una ficción en la reflexión jurídica de conceptos elaborados por el pensamiento de los juristas, sino que refleja una percepción suya en clave de ‘realidad’, como emanación concreta de la relación entre persona y cosa mediada por el derecho.⁴

Ejemplo fundamental de esta percepción en clave de realidad de estructuras jurídicas que para nosotros pueden caracterizarse como conceptos jurídicos sin base material, es la diferencia entre la construcción moderna de la ‘propiedad individual’ como poder individual,⁵ absoluto y abstracto sobre una cosa y la concepción romana de el *meum esse ex iure Quiritium* que expresa una pertenencia concreta de la cosa por parte de la persona humana reconocida como funcional a los intereses de la comunidad de ciudadanos;⁶ otro ejemplo es la diferencia entre el concepto moderno de obligación como vínculo ideal de sometimiento entre dos individuos con el fin de obtener una prestación de naturaleza exclusivamente patrimonial y la estructura romana del *oportere* entre dos *patres familias* que es una estructura ontológica de igualdad proyectada en el tiempo para el cumplimiento debido de una prestación de una persona humana respecto de otra.⁷

II. ‘SYSTEMA’ Y CODIFICACIÓN DE JUSTINIANO

La codificación del derecho romano realizada en la época del emperador Justiniano del 529 al 534 d. C. en Constantinopla, Nueva Roma, hereda en

³ Sini, Francesco, “Persone e cose: ‘*res communes omnium*’. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica”, *Diritto@Storia*, núm. 7, 2008 (Revista online).

⁴ Sobre el tema, Falcone, Giuseppe, “Osservazioni su Gai. 2.14 e le ‘*res incorporales*’”, *Annali Seminari Giuridico dell’Università di Palermo*, Italia, Palumbo, núm. 55, 2012, pp. 125-170.

⁵ Grossi, Paolo, “La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico”, *La proprietà e le proprietà*, Italia, Giuffrè, 1988, pp. 205 y ss., en particular 270 y ss.

⁶ Catalano, Pierangelo, *Populus Romanus Quirites*, Italia, Giappichelli, 1974, pp. 120 y ss.; 152 y ss.; Id., “Droit naturel, ‘*ius Quiritium*’: observations sur l’anti-individualisme de la conception romaine de la propriété”, *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Italia, Tiellemmedia, 2009, pp. 121 y ss.

⁷ Cardilli, Riccardo, “Contrato y obligación: la importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil”, *Revista de derecho privado*, Colombia, Externado, núm. 15, 2008, pp. 41 y ss.

su totalidad el modelo de contenido de división de las ‘tres partes’ tal como fue construido por la jurisprudencia romana clásica, anexando a esta división de contenido una división formal de las tres obras de codificación (Código, Instituciones y Digesto) en 7 partes, las cuales serán luego heredadas en la codificación de Alfonso X rey de Castilla, conocido como “El Sabio”, en 1265: *Las Siete Partidas*.

El hecho no debe sorprender, puesto que si bien los Códigos de Justiniano eran expresiones formales de la *potestas* del emperador, su concreta realización es el fruto del trabajo de los juristas de la época, los cuales habían vuelto a dominar —desde hacía al menos una generación— la gran cultura jurídica transmitida por las obras clásicas de la jurisprudencia romana (el denominado clasicismo justiniano).⁸

Sin embargo, analizando más detenidamente los Códigos de Justiniano (Digesto, Instituciones y Código), se advierte una novedad respecto al modelo de las Instituciones de Gayo.

A toda la codificación está antepuesta, como fundamento de principios jurídicos, una ‘parte’ dedicada a la relación entre derecho y justicia.

En esta ‘parte’ se define el derecho (no la ciencia jurídica) como *ars boni et aequi* (sobre el tema resulta fundamental un libro de Filippo Gallo, con título significativo *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica*),⁹ como ‘arte’ y no ‘norma’ (concepción dinámica del derecho contra la moderna concepción estática) que debe tender a realizar los objetivos de lo ‘bueno’ (concepción de racionalidad del derecho con contenidos de valor positivos y no concepciones formales del derecho avalorado, como en la concepción normativa moderna) y de lo ‘igual’ (igualdad como piedra angular de lo jurídico, calada en la realidad social en la cual opera, y no criterio formal de igualitarismo de los individuos frente al derecho).

En esta ‘parte’ se define la justicia como virtud subjetiva del ser humano (y téngase especial atención: no sólo del jurista) dirigida a atribuir a cada uno su derecho, virtud humana que los juristas deben cultivar (*iustitiam colimus* dice Ulpiano) con la finalidad de mejorar día a día el derecho existente en un determinado momento histórico (*cottidie in melius produci* dice Pomponio).¹⁰

⁸ Schipani, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, Italia, Giappichelli, 2011, pp. 13 y ss.

⁹ Ahora traducido al español por el Dr. Manuel Grasso y publicado en una Colección dirigida por mi junto con el colega David Esborraz por la Eudeba de Buenos Aires.

¹⁰ Gallo, Filippo, “Una crítica del nichilismo giuridico”, en *Atti Classe Scienze Morali - Accademia delle Scienze di Torino*, La Accademia, Italia, núm. 139-140, 2005-2006, pp. 3 y ss., en particular sobre la *iustitia* pp. 34-35.

En esta parte se definen las ‘particiones’ del *ius Romanum*, como el *ius civile*, el cual constituye el derecho fundamental (público, privado, penal) de la comunidad de ciudadanos; el *ius gentium*, como derecho romano con vocación universal, abierto a todos los seres humanos y dotado de una jurisdicción romana de carácter igualmente universal (*iurisdictio peregrina*); el *ius honorarium*, como derecho introducido por los magistrados romanos elegidos anualmente por el pueblo romano, con el objetivo de mejorar, suplir y corregir el *ius civile*; y el *ius naturale*, como aquel derecho que acomuna hombres y animales, fundado en la naturaleza, y con base en el cual para los juristas romanos —que se desempeñan en una sociedad que reconoce la desigualdad entre los seres humanos— todos los hombres nacen libres y son iguales. En esta parte se confirma como fundamental el principio de la creación del derecho, en sus varias formas, en la voluntad del pueblo (*voluntas populi*).

Finalmente es necesario hacer referencia, a los fines de la plena consciencia de la elección del valor ínsito en el modelo tripartito, aquello que los codificadores justinianos afirman en el título D.1,5 *De statu hominum* (sobre el estado jurídico de los seres humanos), a través de una enseñanza del jurista diocleciano Ermogeniano: *omne ius hominum causa constitutum est* / “todo el derecho ha sido establecido por razón de los seres humanos”. La consecuencia sistemática de una afirmación de principio de tal magnitud es que los códigos deben iniciar por el derecho de las personas.

III. EL SISTEMA IUSNATURALISTA Y SU RUPTURA CON LA TRADICIÓN ROMANA

La partición heredada de la jurisprudencia clásica romana, y que confluye en los Códigos de Justiniano (*personae, res, actiones*), se mantiene como división de contenido de la tradición jurídica medieval. Para la escuela de los Glosadores el vínculo al contenido autorizado de los Códigos justinianos —que les impone seguir su sistematización— asume la forma concreta de una *interpretatio* elaborada bajo la forma de la Glosa en el mismo texto autorizado. Incluso, los mismos Comentaristas, quienes en sus grandes *Comentarii* hacen su *interpretatio* separada materialmente del texto autorizado, pero en realidad engloban el sistema legal en el Comentario, sin modificar sustancialmente el modelo de la tripartición.¹¹

La primera gran ruptura con la tradición romana se debe al iusnaturalismo del siglo XVII, a través de una profunda transformación de la pers-

¹¹ Orestano, Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Italia, Il Mulino, 1989, pp. 51 y ss.

pectiva y de los significados jurídicos de las categorías ordenadoras de persona y de *res*. Como afirma Roberto Fiori:

La introducción de la oposición ‘sujeto-objeto’ en el vocabulario conceptual de los juristas se debe a Leibniz. En la *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667) él critica la sistemática justiniana de *personae*, *res*, *actiones*, sosteniendo, en primer lugar, que la categoría de las *actiones* es superflua, haciendo esta referencia siempre a *personae* o a *res*; y, en segundo lugar, que un *methodus* similar es traído no “*ex juris, sed facti visceribus*”: “*personae enim et res sunt facti, potestas et obligatio etc. sunt juris termini*”. En lugar de *personae* y *res*, Leibniz proponía adoptar las nociones más ‘lógicas’ de sujeto y objeto. También en este caso, naturalmente, no se trata de una mera sustitución de términos. Las nociones romanas de (*homo-*) *persona* y *res* no eran simplemente el criterio ordenador primario de las Instituciones de Gayo y Justiniano, sino que tenían una historia antiquísima, que data con alta probabilidad de la jurisprudencia sacerdotal. Y eran expresiones de aquella perspectiva objetivista ..., por virtud de la cual también la realidad física está ordenada jurídicamente.¹²

En el siglo XVII de hecho, había mutado profundamente el comportamiento filosófico respecto del pensamiento subjetivo. Si la cultura antigua y medieval habían asumido posiciones de sustancial escepticismo respecto de un subjetivismo intenso como límite al conocimiento de lo verdadero, el cuadro resulta invertido allí donde, con el *cogito ergo sum* cartesiano, la consciencia subjetiva del pensamiento se manifiesta como el único punto estable de partida para todo conocimiento [...] con Hobbes y Leibniz se afirmará, por primera vez, una acepción dirigida a designar el sujeto de la actividad consciente: inicialmente, según las reglas de la lógica clásica, cualificando las percepciones como atributo del ‘sujeto’ corporal para el que es inherente; pero pasando rápidamente a invertir la perspectiva precedente y a designar el *subiectum* como entidad a la cual referir la consciencia y el pensamiento, contextualmente a un uso de *obiectum* para indicar su opuesto, la realidad circundante.¹³

... Se ponen así, algunas de las premisas más importantes para los posteriores desarrollos ideológicos y normativos del derecho privado: la exasperación, en clave subjevista, del principio cristiano de la instrumentalidad de las cosas en relación con el hombre, que ‘objetiviza’ la realidad natural.¹⁴

¹² Fiori, Roberto, “Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica”, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 1, Italia, Jovene, 2003, pp. 169 y ss., las palabras citadas en p. 203-204. Sobre el tema es importante también Guzmán Brito, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, in *Rev. Estud. Hist.-juríd.*, Chile, núm. 24, 2002, pp. 151-247.

¹³ Fiori, Roberto, *op. cit.*, pp. 205 y 206.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 209 y 210.

Se produce así un verdadero cambio de perspectiva entre centralidad del sujeto de derecho (que podrá o no ser una persona humana) y el objeto del derecho, que es todo aquello que (real o no) sea susceptible de ser objeto de un derecho.

Para entender la profunda diferencia entre la concepción romana y la concepción iusnaturalista basta seguir este ejemplo. En derecho romano el *pater familias* podía vender al propio hijo, a través de una *mancipatio*, lo que no modificaba en nada la naturaleza de persona-hombre del mismo en el plano del derecho.

Aplicando la categoría iusnaturalista del objeto del derecho, el hijo vendido sería percibido como cosa.

A lo anterior ha de agregarse, también, que la nueva dicotomía sujeto-objeto impulsa además a una valorización generalizadora e individualista de la voluntad del sujeto como motor del derecho privado, evidenciándose en modo siempre más consciente, la idea de un *genus* unitario para los actos singulares y típicos relevantes para el derecho, a través de la voluntad individual del sujeto, con la construcción de un mínimo común denominador individualizado en el ‘acto jurídico’.¹⁵

Todo el sistema del derecho privado resulta así, igualmente representado en tres partes fundamentales —pero con un sistema evidentemente abstracto e individualista— representadas por el sujeto de derecho, el objeto de derecho y el acto jurídico.

IV. EL SISTEMA PANDECTÍSTICO

Con la Pandectística alemana se lleva a cabo una fuerte relectura individualista (derecho romano burgués) del derecho privado, utilizando la perspectiva del sujeto/objeto del derecho y valorizando al máximo el dogma de la voluntad como motor del derecho privado.

Las palabras claves de este sistema son:

- persona —sujeto del derecho (persona física y persona jurídica, capacidad jurídica y capacidad de ejercicio);
- cosa —objeto del derecho;
- negocio jurídico (contrato, promesa unilateral, testamento, etc.);
- relación jurídica (obligación, relación obligatoria, etc.).

¹⁵ Guzmán Brito, Alejandro, “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato III. Los orígenes históricos de la teoría general del contrato”, *Rev. estud. hist.-juríd.*, Chile, núm. 22, 2000, pp. 45-60.

La estructura sistemática realizada está dotada de una abstracción y generalización muy grande, y tiende a extrapolar reglas maduradas para una institución en particular (y apropiadas a ella) erigiéndolas en reglas jurídicas generales idóneas para aplicarse también a otras instituciones jurídicas. Fundamental y poderosa, desde este punto de vista, es la construcción de una parte general de la nulidad y de la anulabilidad del negocio jurídico, respecto de la variada realidad de reglas que en la tradición romana habían sido elaboradas en el ámbito de cada uno de los contratos típicos o de cada acto unilateral típico en la dialectica entre derecho civil y derecho honorario.

Cabe señalar que la inclusión de una ‘parte general’ con pleno derecho como la parte fundamental de un código civil se debe al BGB de 1896, entrado en vigor en 1900. También en este caso, como se vio respecto de la codificación del emperador romano Justiniano, se trata de una herencia del saber jurídico madurado en Alemania antes del código y acogida en el sistema codificado.

La sobresaliente ciencia jurídica alemana del ochocientos dio forma —en sustancia— a un sistema de organización del derecho privado que, aunque nace como instrumento sistemático-conceptual de la ciencia jurídica que opera para un derecho no codificado, resulta acogido y considerado idóneo también para la finalidad de estatuir concretamente reglas escritas en la ley, cuando la ‘ley’ pretende ascender a una representación plena y coherente del derecho privado en la forma de un código civil.

La ‘parte general’ del BGB representa sustancialmente el momento conceptual de búsqueda de sentido en la variada realidad jurídica de las partes especiales (contratos típicos y obligaciones, derechos reales, sucesiones, familia, etc.), guiando las generaciones futuras de juristas y operadores del derecho, a través de las cuatro categorías claves arriba referidas del sujeto de derecho, del objeto de derecho, del negocio jurídico y de la relación jurídica. Se está sobre un plano de intensa abstracción y generalización que, en clave notoriamente individualista, tiende a reinterpretar todo el derecho privado, con finalidades que propulsan hacia la racionalización en abstracto de los problemas jurídicos por medio de una refinada trama de conceptos y de reglas en orden jerárquico.

De aquí las críticas, incluso apasionadas, de algunos juristas contemporáneos al BGB, en el sentido de que el mismo representaba un tipo de derecho privado lejano de las exigencias concretas de la sociedad e inmune a las instancias sociales presentes en ella.

En particular, se señala un amplio esfuerzo de abstracción respecto de la concepción de las personas como sujetos de derecho y de las cosas como objeto de derecho.

A esto se suma una fuerte racionalización generalizadora en el ámbito de la categoría del negocio jurídico, en la individualización de reglas comunes susceptibles de servir para todo negocio jurídico (unilateral, bilateral o plurilateral; inter vivos o mortis causa), empujando a los codificadores a seleccionar entre varias reglas jurídicas que la tradición transmitía respecto a un mismo problema jurídico, según que este fuese resuelto, por ejemplo, en un cierto tipo de contrato preferiblemente que en otro, o en un contrato más que en un testamento. Esto trajo como consecuencia principal el aplanamiento y la simplificación de las soluciones en contraposición a la complejidad.

Piénsese como ejemplos clásicos el problema de la condición imposible, o el problema de la relevancia del dolo o del error o de la violencia en clave exclusiva de los vicios de la voluntad y capaz de justificar la anulación de un negocio jurídico.

La búsqueda de significado y el fundamento de la simplificación de la complejidad de la realidad jurídica de lo cual la ‘parte general’ es expresión, han proyectado al BGB en una dimensión de dulcificada gestión en el tiempo de la siempre cambiante realidad social y económica. Esto ha comportado el sometimiento de la forma código civil (y esto vale también para los códigos civiles sin una ‘parte general’ propiamente dicha, como el Código Civil francés o el Código Civil italiano) a un ‘stress de criticidad’ en el tiempo, lo que se tradujo sobre todo en la mayor o menor *vis* atractiva de ámbitos de contenido especial que poco a poco habían requerido una reglamentación específica *ad hoc*, y que a veces venían a asumir la forma de verdaderos microsistemas extraños al código civil.

Esto que en doctrina con mucha perspicacia ha sido descrito en términos, talvez muy perentorios, de ‘edad de la decodificación’ ha impactado también al BGB, incluso en la decisión tomada en la segunda mitad de los años 90 de ‘modernizarlo’, en vez de hacer uno nuevo.

En efecto, la *Modernisierung* del 2002 ha intervenido no solamente en las partes especiales del Código, sino también —aunque con mucha más parsimonia— en la ‘parte general’, insertando por ejemplo, en el tratamiento sobre la persona física, dos nuevas categorías de sujetos, el consumidor y el empresario. Esto, como era evidente, ha desencadenado en Alemania una gran discusión en cuanto se ha considerado tal integración inadecuada para una ‘parte general’, casi queriendo determinar una remodelación de los estatutos jurídicos de las personas no ya en un contexto unitario (finalidad principal de la ‘parte general’ del código burgués alemán del 1900) sino diferenciado.

Vale la pena hacer una pequeña referencia sobre el Código Civil italiano de 1942, en cuanto éste, pese a ser promulgado en plena época fascista, no sólo ha resistido con modificaciones marginales a la transformación del Reino

de Italia en la República Italiana, sino que es el fruto maduro de una ciencia jurídica, la italiana entre las dos guerras mundiales, que se formó mayoritariamente en Alemania y que en todo caso sufrió una fuerte influencia de la pandectística alemana. La elección de no seguir el modelo alemán en lo que hace a la ‘parte general’ del Código Civil, reside particularmente en la plena consciencia de la excesiva abstracción y generalización de tal modelo, prefiriéndose una sistemática tradicional, con la valorización de una ‘parte general’ para los contratos y las obligaciones, y negándose a codificar la noción de negocio jurídico.

En realidad, el ‘stress de criticidad’ respecto del Código Civil italiano está representado por su reinterpretación con base en la Constitución republicana de 1948, empujando a una gran parte de la civilística italiana a verificar en el Código el mantenimiento del respeto a la nueva estructura jurídica y de valores ínsita en la Carta constitucional.

También en Italia, se tuvo una fuerte fragmentación de la reglamentación jurídica, sobre todo en los años 70 y posteriores del siglo XX, que ha llevado a la maduración de un cierto número de microsistemas no atraídos por la forma de código civil, e imponiendo al intérprete un esfuerzo de sistematización y de ponderación de la jerarquía de valores en caso de conflicto. Piénsese solamente en el derecho bancario o en el derecho del consumidor.

En América Latina puede decirse que el modelo de la ‘parte general’ del código civil no caracterizó, en principio, el proceso de codificación del siglo XIX e inicios del siglo XX. Ni el Código de Bello en Chile (con su fuerza expansiva como código modelo en otros países de América Latina), ni el Código de Vélez Sarsfield en Argentina, codificaron una verdadera ‘parte general’ del código; aunque el Código chileno, tiene un breve Título sobre “Los actos y declaraciones de voluntad” (artículos 1445-1469, notoriamente inspirado a Savigny) y el Código argentino (ahora sustituido por uno nuevo), cuenta con una extensa Sección dedicada a “Los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones” (artículos 896-1136, cuya fuente es el *Esboço* de Código civil del jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas, el que por primeras vez había incluido una ‘parte general’ en un proyecto normativo latinoamericano).

El único Código de la primera generación de codificaciones latinoamericanas que predispuso una verdadera ‘parte general’ fue el Código de Bevilacqua para Brasil de 1917 (también inspirado en su compatriota Teixeira de Freitas).

Profundizando estos antecedentes, el nuevo proceso de codificación del derecho privado latinoamericano desarrollado en el siglo XXI, ha evidenciado una particular predilección por una ‘parte general’, tal como sucede con los nuevos códigos civiles de Brasil (2003) y de Argentina (2015).

Sin embargo, en estos nuevos códigos la ‘parte general’ parece asumir un rol nuevo y diferente de aquel que había caracterizado tal técnica codificadora en el modelo alemán. Se trata de hecho, no tanto de orientar una búsqueda de carácter simplificado de lo jurídico en clave generalizadora y de abstracción, sino de dotar al código de una serie de principios fundamentales y coordinadas axiológicas que sean los arcos sustentadores a nivel interpretativo de todo el código civil. Además, se adquiere una mayor consciencia del código como sistema abierto y no cerrado, expresión no solamente de un ordenamiento jurídico nacional, sino de un momento de encuentro de instancias supranacionales, internacionales y constitucionales. Se asistiría así a un cambio de dirección del rol de la ‘parte general’, pues a ésta casi que le es asignada la tarea de fungir de tamiz entre la concepción tradicional del código civil y los nuevos retos a los cuales el derecho privado está llamado a responder en el plano de los problemas jurídicos supranacionales. Es un cambio de dirección importante y para seguir con profundo interés por parte del jurista del sistema jurídico fundado en el derecho romano, en cuanto podría ser la señal de superación — hoy aún incompleta — de la utopía del derecho privado nacional con relación a una sociedad pluri-étnica y sin confines.

Es indudable la actualidad de esta cuestión si se piensa que la China, empeñada desde hace ya varias décadas en legislar por materias el derecho privado (civil y comercial), ha decidido en noviembre de 2014 realizar en forma de código una sistematización de tal legislación dotando al nuevo Código Civil de la República popular China de una ‘Parte General’.

Más allá de la importancia de tal decisión trascendental de la China, en el plano del discurso de los sistemas jurídicos mundiales, es necesario señalar cuanto esta decisión refleje intensamente la notoria influencia (durante las últimas décadas) de la ciencia jurídica alemana sobre la joven ciencia jurídica china.

V. EL PELIGRO DE LA ABSTRACCIÓN

Como criterios de evaluación del peligro de abstracción trato de dos ejemplos, uno de naturaleza conceptual y otro de naturaleza de regla jurídica.

El de naturaleza conceptual es el negocio jurídico. La recepción de la categoría del negocio jurídico en los nuevos códigos civiles de Brasil y de Argentina (y puede ser el nuevo código en China) podría plantear dudas en un momento histórico en el que el concepto no parece desempeñar un papel clave en el proceso de armonización del derecho en Europa. Para una parte de los juristas europeos, de hecho, el negocio jurídico tendría un valor exclusivamente para ordenar y clasificar el derecho, pero no normativo.

En contraste con esta declaración se podría de revés argumentar destacando la vitalidad de la categoría del negocio como “*eine der Großtaten der Rechtswissenschaft*” de los últimos siglos (como se ha dicho Werner Flume).¹⁶

La individuación de la estructura del negocio jurídico en la penetración de la *voluntas* con los instrumentos de su expresión y en particular en la relación estricta entre voluntad interior y forma típica (Betti),¹⁷ como superación de la teorización excesiva y abstracción expresa en la identificación de otros elementos esenciales como la cobertura de los efectos jurídico del acto de lado de la intención interior del agente (leer la crítica de Lenel a Windscheid).¹⁸

Por otro lado, respecto a la función del negocio jurídico, creo que ésta es bien ubicada en el fenómeno de la autonomía dentro de un orden jurídico, autonomía que puede tener en la imagen del original y de la posterior estimación en el orden jurídico de la *civitas* o la forma del reconocimiento constitutivo. Este problema, en la experiencia jurídica romana, se enfrenta con la relación histórica entre naturaleza pre-cívica de la *familia* y de la *gens* y la creación de la ciudad como orden jurídico de ciudadanos.¹⁹ La definición, de hecho, de un problema del negocio jurídico en nuestra tradición jurídica, en realidad, no es tanto el problema de contextualizar la separación de la categoría lógico-formal del negocio de la tipología histórico-social del negocio,²⁰ como el problema de evaluar el grado de compatibilidad entre el valor de la regla negocial y los valores de un orden jurídico determinado.²¹

Es claro que hoy esta cuestión adquiere nuevas perspectivas en un derecho privado de marco post-estatalista, mediante la imposición de una emancipación de la ciencia del derecho de la exclusiva evaluación de los valores codificados en el derecho nacional.

¹⁶ Flume, Werner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* II. Das Rechtsgeschäft, Deutschland, Mohr, 1992⁴, p. 32.

¹⁷ Betti, Emilio, *Diritto romano*. Parte generale, Italia, Cedam, 1935, t. I, pp. 202, 216.

¹⁸ Lenel, Otto, “Parteiabsicht und Rechterfolg”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Deutschland, Fischer, núm. 19, 1881, pp. 154 y ss., en particular 163 y ss. y las conclusiones 249-253; léase también en la misma dirección Segré, Gino, “Studi sul concetto di negozio giuridico secondo il diritto romano e secondo il nuovo diritto germanico”, en *Rivista italiana di scienze giuridiche*, Italia, Loescher, núm. 28, 1899, pp. 161 y ss.

¹⁹ Betti, Emilio, *Diritto romano...*, cit., pp. 115 y ss; Grosso, Giuseppe, *Autonomia privata e negozio giuridico in Problemi generali attraverso il diritto romano*, Italia, Giappichelli, 1967², pp. 111 y ss.

²⁰ Come quiere Galgano, Francesco, “Il negozio giuridico”, *Trattato di diritto civile*, Italia, Giuffrè, 1988, pp. 17-33.

²¹ Fundamental Ferri, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Italia, Maggioni, 1995⁵, pp. 62 y ss.

Porque si el negocio jurídico ha permitido recientemente la construcción de una clase conceptual superior, explicitando en un sintagma unitario un concepto que fragmentado se encuentra en el sistema jurídico romano, no se puede negar que su codificación estuvo condicionada por el contexto histórico de su explicación.

Y no sólo en el sentido de un supuesto condicionamiento ideológico, sino también en términos lógico conceptuales, al menos por el vínculo de identificación entre el negocio jurídico y la categoría jus-naturalista del derecho subjetivo, para la cual se repiten todos los asuntos relativos a la originalidad, la recepción o el reconocimiento.

Las dos perspectivas de la voluntad y de la autorregulación de sus propios intereses marcan el campo problemático del negocio jurídico en el que no hay una respuesta *a priori* ni una solución viable que lo sea de una vez por todas, pero los enfoques varían en función de la prevalencia de un factor sobre el otro.

Esto no significa, sin embargo, el relativismo conceptual, ya que el elemento de continuidad de la categoría es el mismo que caracteriza su explicación conceptual.²²

Esencialmente la categoría en el conocimiento jurídico podría también permanecer implícita, pero una vez que se explicita demuestra su fuerza ordenadora y confirma que la lectura de los Pandectistas no es una operación formal de interpretación, sino una operación sustancial, aunque se caracteriza por una fuerte abstracción.

VI. EL PELIGRO DE GENERALIZACIÓN

El negocio jurídico está caracterizado entonces por una clave sistemática de gran alcance, que permite a la ciencia jurídica dismantelar soluciones y reglas formuladas en los ámbitos propios de los distintos tipos de negocios y remontarlas nuevamente en un nivel más abstracto de la construcción, a veces en lo que destacan con más nitidez los contornos del instituto jurídico general.

Por ejemplo, se puede pensar en el error o en la invalidez, en la adquisición de un estatuto uniforme de ellos, separado de los tipos concretos de negocios (*stipulatio*, compraventa, disposiciones *mortis causa*) en la que las

²² Fundamental Calasso, Francesco, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Italia, Giuffrè, 1967², pp. 40-41. Esta conclusión no es exclusiva de la historiografía jurídica; véase Passerin d'Entrèves, Alessandro, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Italia, Giappichelli, 1934, pp. 10 y ss.

reflexiones de estos problemas habían asumido en el derecho romano su expresión más profunda.

Desde el punto de vista de mi discurso, el peligro de la generalización inherente al proceso de abstracción puede tener consecuencias nocivas en el discurso jurídico, cuando la disciplina de la reducción a la unidad inherente a la categoría del negocio jurídico tiene consecuencias específicas en términos de marco legal.

Por ejemplo, es necesario destacar el peligro de la generalización de la importancia del silencio circunstanciado como consentimiento (CcBras. 2003 artículo 111), en relación con la necesidad tratar con cuidado el fenómeno de la contratación masiva.

El modelo romano no generalizaba el fenómeno. La regla de Justiniano es para la irrelevancia del silencio, sea en términos de consentimiento sea en términos de negación, regla que el jurista Paulo había expresado con respecto a la confesión judicial (*qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare* (Paul. 56 *ad ed.* D.50,17,142); a los casos en que se requiere un acuerdo expreso, como en el caso de la ratificación del *dominus* para el cumplimiento hecho al falso procurador (Iul. 54 *dig.* D.46,3,13; Ulp. 80 *ad ed.* D.46,8,12, 1-2); o donde es posible solo *non contradicere* como en la *datio in adoptionem a patre* (Cels. 28 *dig.* D.1,7,5).

También la hipótesis típica de *taciturnitas* de los contratantes en relación con la renovación tacita del contrato de arrendamiento de tierras agrícolas o de propiedades urbanas (Ulp. 32 *ad ed.* D.19,2,13,11) asume significado dentro de una relación de duración en el tiempo preexistente en la que es relevante que el consentimiento entre las partes fundador de la *obligatio* todavía haya sido en origen.

En el derecho romano la importancia del silencio como suposición tácita de consentimiento para vincularse con una obligación es siempre excepcional, porque es fundada sobre razones de adecuación del derecho para responder a problemas concretos.

El problema tiene significado porque es un problema de reacción de la regla al típico efecto jurídico que el negocio concluido produce y en el que es necesario sopesar la relevancia del silencio. Para asumir una obligación es más conforme una forma cualificada de consentimiento (en la declaración de voluntad o en la conducta) y esto mucho más en un derecho de los contratos, como es el de hoy, con una aplicación tan difundida de la contratación masiva.

En esta perspectiva, la enseñanza de Emilio Betti en su obra sobre la tipicidad de los negocios jurídicos romanos en tema de ‘construcción interior de la esencia de la forma de los negocios:

*adattissima per il costituirsi di un rapporto di debito come l'obbligazione è la forma della domanda rivolta ad una persona determinata (spondesne?): essa esprime chiaramente la situazione di costrizione della persona contrapposta. Questa non può rimanere silenziosa: deve rispondere alla domanda.*²³

No es casualidad si en el proceso formativo del consentimiento contractual, la relevancia del silencio es excepcional y en los casos que lo sea, lo es siempre como aceptación de un contrato de gratuidad, donde hay obligaciones para el solo proponente (véase artículo 1333 Cc.it.1942).

Respecto al peligro de la extensión de una regla jurídica nacida como disciplina de un negocio típico a todos los negocios, el problema de la condición suspensiva imposible pone dos cuestiones. La primera es la necesaria verificación de la coherencia de la regla una vez generalizada en la parte general a todos los negocios. La segunda es una complejidad de contenido que es en relación a la maduración histórica del estatuto dogmático de los *accidentalia negotii* y de las raíces históricas de estos.

El debate en materia de condición imposible entre sabinianos y proculeyanos es, de hecho, de gran importancia. Para los proculeyanos la condición imposible afectaba siempre la validez (la *utilitas* en la terminología de los juristas romanos que expresa en conjunto una perspectiva de validez y de eficacia) de la estipulación y del legado. Para los sabinianos, en contrario, la condición imposible afectaba solo la validez de la estipulación y no del legado. En este caso la solución se orientaba en la dirección de una alteración de la realidad del testamento, interpretándose la cláusula como no puesta, con la consiguiente conservación del negocio *mortis causa*.

Finalmente, un último examen sobre el impacto de la generalización sistemática frente la más concreta del modelo romano.

Si nos fijamos, por ejemplo, la construcción de una parte general sobre las obligaciones en la Instituciones de Gayo (incluyendo como se le conoce en la *pars rerum* gracias a la dicotomía entre *res corporales* y *res incorporales*), usted no tendrá dificultad para darse cuenta por un lado del esfuerzo reconstructivo de generalización de algunos temas bajo el esquema de la *stipulatio*, contrato típico que —como ha dicho con autoridad don Alejandro Guzmán Brito en una serie de estudios de caso— ha influido también los modelos

²³ Betti, Emilio, “Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sog. Typenfreiheit des heutigen Rechts”, *Festschrift L. Wenger*, Deutschland, Beck, 1944, pp. 249 y ss., las palabras p. 253.

sistemáticos de los códigos civiles modernos sobre una parte general de las obligaciones y contratos.²⁴

El maestro chileno ha mostrado correctamente, en una serie de estudios, el origen de este orden sistemático con respecto a la *stipulatio* ya en los tres libros de derecho civil de Sabino y en los Digesta de Juliano, antes de encontrar la confirmación definitiva en las Instituciones de Gayo.

Al leer la discusión de los párrafos sobre la *obligatio verbis contracta* en Gayo (3,92 y ss.), es evidente el esfuerzo por resolver problemas similares alrededor de la unidad de cuestiones, por ejemplo, el problema de la *stipulatio inutilis* (párrafos 3,97-109) que incluye los casos de imposibilidad de la prestación, de la condición imposible, la imposibilidad legal, incongruencia de la pregunta y de la respuesta, la incapacidad del promitente etc.; o la cuestión de la complejidad del lado subjetivo (activo o pasivo) de la *stipulatio* (3,110-127).

La reflexión de los juristas romanos sobre las reglas generales en tema de obligaciones es confirmada por la parte dedicada a la extinción de la obligación (Gai. 3,168-181), al final del cual se abre el tema de las obligaciones *ex delicto*.

Este orden evidencia una paradoja, porque pone el tema de los delitos como fuentes de obligación después de los párrafos sobre la extinción de las obligaciones, orden que se conservó en casi todos los códigos civiles modernos. Esta paradoja fue interpretada como una prueba de la prioridad histórica de las obligaciones contractuales respecto a las obligaciones *ex delicto*. En origen el delito no produciría una obligación a pagar una pena pecuniaria, sino una inmediata responsabilidad expresada en la vinculación a la *manus iniectio* con la facultad del reo de rescatarse.

Es mérito de Emilio Betti y de Fernad de Visscher haber destacado que tal orden sistemático de las Instituciones de Gayo, que siente como natural el ligamen entre los modos de extinción de las obligaciones y las obligaciones *ex contractu*, demuestra cómo este esfuerzo de interpretación sea un elemento de resistencia de un modelo más antiguo, puede ser el modelo de los tres libros de derecho civil de Masurio Sabino.

²⁴ Guzmán Brito, Alejandro, “De la ‘*stipulatio*’ romana a la doctrina romana de las obligaciones en los modernos códigos civiles”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 22, Italia, Mucchi, 2006, pp. 43 y ss. Véase también Knütel, Rolf, “L’interpretazione del contratto dalla ‘*stipulatio*’ ai codici civil moderni”, *Roma e America. Diritto romano comune*, Italia, Mucchi, núm. 22, 2006, pp. 27 y ss.

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Es el momento de evidenciar los resultados de mi discurso. Más allá del éxito más o menos grande del uso de la ‘parte general’ como técnica de codificación, de hecho, considero útil en esta ocasión evidenciar algunas consideraciones críticas sobre su significado para el saber jurídico.

La necesidad de una organización simplificada mediante conceptos de la compleja realidad de las relaciones entre los seres humanos, marca la distinción entre una verdadera *ius prudentia* y una superficial descripción de la norma. El esfuerzo constructivo por recoger el sentido de la complejidad jurídica a través de algunas directivas conceptuales fundamentales reconoce, en realidad, su momento principal en la obra del gran jurista romano Quinto Mucio Scevola alrededor del año 100 a.C., en los 18 libros de derecho civil, en los cuales el jurista *primus generatim constituit ius civile*/ “fundó por primera vez el derecho civil en géneros”. El resultado de tal construcción del citado jurista republicano condiciona toda la tradición del saber jurídico sucesivo, si bien el orden sistemático usado no expresa aún la fuerte simplificación a la que se llegará posteriormente en términos de personas, cosas y acciones.

Es indudable que la necesidad de simplificación y sistematización del discurso jurídico respondiese a exigencias concretas de facilitación del trabajo del jurista romano, quien aconsejaba cotidianamente a la comunidad acerca del significado de las instituciones jurídicas y de las reglas con la finalidad de guiar la vida judicial de la misma.

A tales exigencias se agregó muy pronto una necesidad de transmisión del saber jurídico a las nuevas generaciones, la que podemos calificar como una exigencia de tradición del saber jurídico. No es casualidad que en las obras de tradición civilista, un momento trascendental sea reconocido en el paso de los 18 libros del *ius civile* de Quinto Mucio Scevola a los 3 libros del *ius civile* de Masurio Sabino. Teniendo en cuenta que el *liber* en esta época no es el libro-código como nosotros lo conocemos, sino el rollo de pergamino; que la técnica libraria de la época, por razones de conservación y utilización, ocupaba una longitud predeterminada del rollo, no se tendrá dificultad en entender la poderosa obra de síntesis del maestro de la escuela sabiniana, que bajo Tiberio realizó en sólo 3 rollos una obra fundamental del *ius civile*. Síntesis del lenguaje jurídico, racionalización de la sistematización y simplificación de la problemática y de la complejidad del debate de la jurisprudencia, son las condiciones que permiten a Sabino llegar a tal resultado. Será la obra tomada como modelo en la escuela sabiniana y ella

—si bien no estructurada aún en el orden de *personae, res, actiones*— señalará la dirección en la cual tal sistematización luego madurará, hasta llegar al modelo de las Instituciones de Gayo (siglo II d.C.) en las cuales la tripartición está ya completa.

El acogimiento del sistema tripartito en la codificación justiniana imprime por así decirlo, la fuerza expansiva del modelo jurisprudencial en el plano del derecho codificado, acogiendo en un código de leyes lo que lentamente había madurado en el trabajo de la *iuris prudentia* clásica.

En el fondo se trata de un movimiento similar, si bien diferente en los resultados de contenido, a cuanto sucedió entre la pandectística alemana y el acogimiento de su modelo de sistematización en el BGB del 1900, en el cual un sistema elaborado por una jurisprudencia activa en un derecho no codificado llega a asumir la forma de un orden sistematizado del código civil.

La profunda diferencia radica, sin embargo, en el plano de la abstracción de los conceptos jurídicos entre derecho romano y derecho actual. El derecho romano actúa con conceptos más adheridos a la realidad, mientras que el derecho actual tiende a construir categorías conceptuales más abstractas que pueden, con frecuencia, esconder elecciones axiológicas muy precisas pero no explícitas.

Esto me parece evidente en la diferencia entre persona-hombre y sujeto de derecho. Es claro que si se mira el problema del inicio de la existencia del ser humano no puede más que centrarse en el momento de la concepción, mientras que si se mira el problema desde la perspectiva del sujeto de derecho se considera decisivo el momento del nacimiento.

Ello es también evidente cuando se desmonta la realidad del acuerdo desde la perspectiva del negocio jurídico, acuerdo que nunca es la suma de dos voluntades individuales que se encuentran, sino un momento de equilibrio diferente de esa suma, ya que a través de tal abstracción individualista se traslada el momento de valoración ínsito en la tutela jurídica no tanto en el principio de confianza y de solidaridad, sino en el del dogma de la voluntad. Existe, por lo tanto, una modificación poderosa en las elecciones de principio y de los valores del ordenamiento en sentido individualista.

El modelo romano tiene por lo tanto una fuerte capacidad crítica para desestructurar las categorías jurídicas actuales, con el fin de develar en ellas la carga ideológica vinculada al contexto histórico en el cual éstas surgieron. En los límites en los que el derecho expresa una sociedad de seres humanos y no una realidad deshumanizada, en los límites en que el derecho está establecido por razón de los hombres (*hominum causa omne ius constitutum est*) se hace necesario —y lo es hoy mucho más que en el pasado— restituir al discurso jurídico una capacidad de adherencia fuerte a la realidad humana, defen-

diendo las exigencias y necesidades frente a la desviación deshumanizante que está estrechamente relacionada con los enormes pasos dados por las ‘ciencias (denominadas) exactas’. Genética y prolongación de la vida de las nuevas generaciones, técnicas artificiales de procreación que tienden a superar la necesidad misma de la implantación en un cuerpo humano, internet y la recaudación masiva de los datos personales, explotación descontrolada de los recursos naturales, contaminación y clima, imponen a los juristas de hoy y del futuro la necesidad de superar el límite de reflexión vinculado al modelo de los derechos nacionales y de retomar un modelo conceptual concreto adecuado a las exigencias humanas.

El saber jurídico fue hasta 1800 una ciencia universal, mientras la estatalización y la pseudo-nacionalización del derecho demuestra ser incapaz de enfrentar adecuadamente una realidad global como la actual. Se percibe la exigencia de enuclear principios jurídicos y elecciones axiológicas compartidas a nivel supranacional, con el fin de evitar que sea subvertida la perspectiva romana, que en el fondo aún acomuna las más refinadas ciencias jurídicas presentes en el mundo, en oposición de un derecho deshumanizado.

Ha llegado, probablemente, el momento —según mi opinión, no puede aplazarse más— de que el jurista no se conforme con ser sólo el intérprete de elecciones de contenido preconfiguradas, sino que intervenga con su propia competencia y su propia sensibilidad en la reconducción del derecho por sendas más reales y concretas, con el fin de ayudar a construir una sociedad adecuada y un mundo idóneo para los seres humanos.

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DEL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN COLOMBIA

Jorge Alberto COLMENARES MANTILLA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo de la libertad testamentaria en los diferentes períodos de la historia de Roma*. III. *El régimen testamentario y la libertad de testar en la legislación colombiana*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, vicisitudes económicas, filosóficas y religiosas han influido en el cambio de la manera de concebir la estructura familiar y los diferentes institutos jurídicos que la afectan en el vasto mundo del Derecho, el cual ha de atender con agilidad los dictámenes de la sociedad que regula, sin perder como horizonte la consecución de la justicia, tal como nos lo ilustra Ulpiano luego de seguir a Celso, quien define el *Ius* como *ars boni et aequi*.¹

Así las cosas, dentro del marco del tema que nos atañe, la disponibilidad que tienen las personas sobre la destinación de sus bienes a través de actos por causa de muerte, responde a postulados propios de cada época, varían dependiendo de la concepción particular que se tenga de familia y de los efectos que sean buscados en pro de su preservación, siempre y cuando ello sirva

* Docente investigador del Departamento de Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia.

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

como base para el desarrollo económico; debido a esto, la voluntad de quien muere ha de tener un lugar de especial protección dentro del orden jurídico.

Dicha voluntad puede ser manifestada, tal y como acabamos de insinuar, mediante un acto jurídico,² el testamento, que permite conjugar los intereses de quien dispone y los de la sociedad, al determinar a quién o quienes corresponderá el patrimonio de aquel que será sucedido.

Concebir el testamento como acto jurídico parece ser la lógica implementada en la legislación civil federal mexicana, la cual es respaldada por la doctrina de este país mediante las voces de reconocidas autoridades tales como Rojina Villegas y Gutiérrez González, entre otros.³

Este negocio jurídico fue transcendental para el desarrollo económico y social de los romanos, y dentro de los distintos asuntos interesantes sobre el tema, resaltamos el de la libertad testamentaria a propósito de diversas discusiones que se presentan en Colombia con respecto a la imposición por ley de legítimas y mejoras, en total, asignaciones forzosas, a favor de los descendientes y ascendientes más próximos, que impiden al testador disponer de la mayor parte de su patrimonio, atendiendo a razones que en nuestro criterio son hoy día irrelevantes.

Nos preguntamos entonces cuál era el margen de libertad que tenía el testador para disponer de sus bienes y derechos a través de actos de última voluntad en el derecho romano, con el fin de extraer elementos de juicio que nos sirvan para analizar el caso colombiano. No pretendemos aquí hacer un recorrido histórico exhaustivo, pero tampoco queremos caer en afirmaciones anacrónicas o exponer solo la versión sincrética justiniana del

² “La no exigencia de una voluntad presente como elemento del *factum* normativo sería la característica del hecho, en tanto que la presencia de una voluntad, como requisito impuesto por la norma, lo sería del acto, que, de paso sea dicho, sería negocio jurídico, si tal voluntad está dirigida a la producción de efectos jurídicos”. Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia. 2015, vol. I, p. 97.

³ “Testamento es el acto jurídico unilateral, personalísimo, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz, dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte”. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho sucesorio*, 7ª ed., México, Editorial Porrúa, 2012, p. 139. “Testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el que una persona capaz trasmite sus bienes, derecho y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma. Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil: derechos reales y sucesiones*, México, Editorial Porrúa, 2011, t. II, p. 421. De la misma manera: De Ibarrola, Antonio, *Cosas y sucesiones*. 18ª ed., México, Editorial Porrúa, 2011, pp. 683-685; De Pina, Rafael, *Derecho civil mexicano*. 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1966, vol. II, pp. 282-285.

asunto,⁴ para ello, seguiremos *grosso modo* la división por períodos esbozada por Feliciano Serrao en el estudio de las Instituciones de derecho romano, basada en las formaciones económico-sociales de la historia romana.⁵

De acuerdo con esta postura, las instituciones de derecho privado romano no varían en gran medida conforme lo hacen las instituciones políticas de la *civitas*, por el contrario, su modificación depende en mucho de tres factores comunes: a) las relaciones de propiedad, b) de producción y c) de intercambio; mientras estos tres factores se mantienen constantes, las instituciones del derecho privado romano también lo hacen en un mayor grado.⁶

II. DESARROLLO DE LA LIBERTAD TESTAMENTARIA EN LOS DIFERENTES PERÍODOS DE LA HISTORIA DE ROMA

En consonancia con lo antes dicho, los tres grandes períodos que podemos extraer de la postura de Serrao, a la cual adherimos, son los siguientes: un primer período que va desde la antigua comunidad gentilicia hasta el momento en que se asienta la esclavitud como el más importante factor de producción en la ciudad, es decir, desde el siglo VIII a.C., si seguimos la datación tradicional de la fundación de Roma, hasta el siglo IV a.C.; el segundo, caracterizado porque la fuerza de trabajo proviene principalmente de esclavos, por el desarrollo del capital comercial y por el afianzamiento del valor del intercambio, es decir, desde el siglo III a.C. a la crisis económica del siglo III d.C.; y finalmente un tercer periodo representado por las consecuencias de la gran crisis económica de mitad del siglo III d.C., la decadencia de la actividad comercial, las nuevas relaciones entre la ciudad y el campo desde el punto de vista social y el surgimiento de la actividad de los libres como base de la fuerza de trabajo, principalmente mediante la figura del colonato, estrechamente vinculada con la concentración de grandes cantidades de tierra en cabeza de unos pocos, entre los cuales se encontraba también el emperador.⁷

Pasemos entonces a relacionar la limitación temporal acogida y sus matices con el desarrollo de la estructura familiar y las sucesiones, donde adentraremos en el tema de la libertad testamentaria.

⁴ Hinestrosa, Fernando, *Reflexiones de un librepensador*, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 414.

⁵ Serrao, Feliciano, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. Prima parte*, Italia, Napoli, Jovene editore, 1993, p. 9.

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibidem*, pp. 10 y ss.

1. Primer período (siglo VIII a. C.-finales del siglo IV a. C.)

De acuerdo con Bonfante,⁸ en la época precívica, la *familia communi iure*, identificada con el grupo agnaticio, concentraba los poderes políticos, religiosos y jurídicos en cabeza de su jefe (*paterfamilias*), quien en virtud de dichas potestades casi absolutas al interior del órgano, designaba antes de morir a uno de sus descendientes como sucesor; de acuerdo con sus aptitudes para servir como continuador del poder principal de la estructura familiar en todos los aspectos, por lo que la herencia en estos eventos no estaba circunscrita solamente a la mera concesión patrimonial sino que llevaba consigo elementos de diversa índole.⁹

Con la cesión de ciertos poderes políticos a los órganos que conformaban la primigenia estructura de la *civitas*, se diluyó la necesidad de conservación del gran grupo familiar agnaticio, reforzando así la idea incipiente de una sociedad unitaria que concentraba parte de la soberanía de las familias que la conformaban, por lo tanto, ante la muerte del jefe familiar, surgía una suerte de sociedad doméstica, el *consortium ercto non cito*,¹⁰ una comunidad constituida con los bienes del *pater*, con lo cual quedaba en manos de los hijos *sui iuris* si se dividía o no la masa sucesoral; de hacerlo, nacían tantos grupos como *filiifamilias* tuviera el causante.

⁸ Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano. Le successioni*, Italia, Giuffrè, 1974, pp. 20 y ss.

⁹ “El carácter de la herencia arcaica, debe, pues, determinarse, ya no, según el régimen de traspaso de los poderes, sino al compás del contenido de lo que se transmite: prevaleciera o no el testamento sobre la delación legítima, o fuera el heredero el *suus* o un extraño designado por el *pater*, mediante la *adrogatio* o de otra manera, nada de esto tiene importancia. Lo importante es ver qué era lo que pasaba al heredero, si derechos puramente patrimoniales o también derechos y deberes extrapatrimoniales, o sea una posición familiar. Si esta segunda hipótesis es la justa, la idea central de la doctrina de Bonfante resulta firme”. De Martino, Francesco, *Individualismo y derecho romano privado*, trad. por Fernando Hinestrosa, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 43. La posición de Bonfante es contrapuesta por la doctrina alemana, principalmente por Eduard Meyer. Sin embargo, ambas posturas están fuertemente influenciadas por el concepto de estado en la composición de los poderes de los *paterfamilias* y la creación de las organizaciones gentilicias. Para Revisar las diferentes posturas y una tercera: Talamanca, Amelotti, Bonini *et al.*, *Lineamenti de storia del diritto romano*, Italia, Giuffrè, 1989, pp. 7 y ss.

¹⁰ Gai. 3,154 a. *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim, mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso; erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur; ciere autem diuidere est, unde caedere et secare [et diuidere] dicimus.* (Sin embargo hay otra clase de sociedad propia de los ciudadanos romanos. Pues antiguamente, cuando el *paterfamilias* moría, había entre sus herederos una cierta sociedad legítima y natural a la vez, que se llamaba *ercto non cito*, esto es, de dominio no dividido, pues *erctum* es el dominio, y de ahí que se llame *erus* al propietario; y *ciere* es dividir, de donde decimos *caedere* por cortar (y dividir).)

En virtud de dicha fragmentación, ante la muerte del *paterfamilias* surgió una nueva estructura familiar, la denominada *proprio iure*, “en la que el padre como varón *sui iuris* ejercía su poder sobre sus hijos y la descendencia por vía masculina”.¹¹ En esta organización el *pater*, además de ser el titular del derecho de propiedad sobre los bienes familiares a pesar de la indisponibilidad del territorio doméstico hasta cierto momento histórico, era el llamado a custodiar los cultos, direccionar o corregir a los sujetos a su potestad y representar los intereses familiares al exterior del grupo.

Siendo este sujeto la piedra angular de la existencia del órgano familiar, nos preguntamos ¿Qué sucede entonces con la familia *proprio iure* cuando el *paterfamilias* fallecía? Nuevamente, la respuesta tiende a la búsqueda de un sucesor mediante la institución de un heredero (*heres*).

Por la oscuridad de las fuentes que hablan del tema en esta época, es muy difícil afirmar si dicha selección provenía en primera medida de los *mores* o de una designación testamentaria; sin embargo, elijase la posición que se elija, lo cierto es que ambas formas propendían por la institución del heredero (*heredis institutio*) para salvaguardar la existencia de la familia,¹² no obstante en época histórica las XII Tablas parecen indicar una posición preminente del testamento frente a la delación legítima.¹³ Este enfoque tiene fundamento en las disposiciones contenidas en la Tabla V,4-5, que establecen: *Si intestato moritur, cui sus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* (Si muere intestado el que carece de un heredero familiar, tenga la familia el próximo agnado).

Debido al “*si intestato moritur*” del inicio de la norma mencionada, parecería que la delación legítima sólo entraría a operar cuando el causante no hubiere dejado testamento, cual era la regla general, de tal forma que este,

¹¹ Espitia, Fabio, *Historia del derecho romano*, 4ª ed., Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 272.

¹² Opina el desaparecido profesor Giovanni Pugliese, que es más lógico pensar que es la delación legítima proveniente de los *mores* la primera forma de sucesión, ya que la asignación mediante las formas testamentarias antiguas de un *heres* diferente de los legítimos era excepcional y sólo se presentaba a falta de aquellos o cuando una persona ajena a la estructura familiar tenía, de acuerdo con el *pater*, las cualidades necesarias para la preservación de la familia. Pugliese, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, Italia, Giuffrè, s/año, p. 160.

¹³ “Hubo un tiempo en el cual al *pater familias* lo sucedía *ipso iure* el primogénito. Pero ya en la primera de las XII Tablas el padre tenía el derecho de desheredar al primogénito y, de ahí a reconocer el poder de instituir a otro hijo no había más que un corto paso. A esta reforma contribuyeron acontecimientos históricos y políticos de importancia fundamental en la historia de los orígenes de Roma, como la invasión etrusca. La legislación decenviral presupone, de todas maneras, un sistema sucesorio en el cual el testamento se ha vuelto preminente, pero en el que no existe, por cierto, la libertad de instituir a alguien extraño a la familia”. De Martino, *op. cit.*, nota 9, p. 47.

mediante la manifestación unilateral de su voluntad, designaba las más de las veces al que ocuparía su lugar una vez falleciera.

De esta manera, el testamento indudablemente se afianza, y es por ello que, aun en el primer período, pero en vísperas del segundo, aparecen formas intermedias de testar que despojan al acto de su carácter público y político; los testamentos *comitis calatiis* e *in procinctu*, recordados por los clásicos como meros hechos históricos, son reemplazados gradualmente: en principio por un instituto intermedio, la *mancipatio familiae*, y luego por el tipo de testamento civil utilizado con más frecuencia en el periodo clásico, el *testamento per aes et libram*.

Las dos primeras formas de testamento, el *calatis comitiis* e *in procinctu* se realizaban frente al pueblo reunido; el primero era hecho *in pace et otio* y el otro *in proelium exituri*,¹⁴ de allí que convengamos que ambos tenían un carácter público, porque más que un reproche jurídico, el pueblo ofrecía una suerte de control social a las disposiciones testamentarias presentadas ante él por la necesidad de conservación de las familias tradicionales; además, existía un límite temporal en la posibilidad de acudir a estas formas testamentarias: el *calatis comitiis* solo podía realizarse dos veces al año, mientras que en el caso del testamento *in procinctu* era necesario que el pueblo estuviese reunido como ejército, presto para la batalla.¹⁵

En estos dos tipos de testamento, la finalidad principal, que seguirá siendo la misma con más o menos intensidad a lo largo de la historia de Roma, era, recalamos, la de instituir a un heredero. Debemos mencionar que aun en este momento, el contenido de la herencia (*hereditas*) en estos dos tipos de testamento no se identificaba con la noción de patrimonio moderno, en este iban incluidos otros derechos tales como el *ius sepulchri*, los derechos de patronato y los *sacra* familiares.¹⁶ Aun cuando en principio la libertad del testador de instituir como heredero a quien quisiera estaba circunscrita a los miembros de la familia por el especial contenido del conjunto de elementos que serían sucedidos, tal parece que para la época de los reyes etruscos, el

¹⁴ Gai. 2,101. *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.* (En un principio hubo dos clases de testamento: o se hacía un testamento ante los comicios convocados, que estaban destinados dos veces a l año a la confección de testamentos, o *in procinctu*, esto es, cuando se tomaban las armas para la guerra, pues se llama *procinctus* el ejército preparado y armado. Así, pues, el primero se hacía en tiempo de paz y tranquilidad, y el segundo al salir a la batalla.)

¹⁵ Biondi, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. por Manuel Fairén, 2ª ed., España, Bosch casa editorial, 1960, pp. 37y ss.

¹⁶ Voci, Pasquale, *Studi di Diritto romano*, Italia, CEDAM, 1985, t. II, pp. 7 y ss.

testador podía designar como *heres* a una persona extraña mediante el testamento *calatis comitiis*, que, en lo poco que conocemos de su procedimiento, tiende a parecerse a una *adrogatio*.¹⁷

Lo anterior es, ineludiblemente, una muestra de la libertad del testador a la hora de disponer de su patrimonio. Por supuesto, poder instituir como heredero a alguien que se encontrara fuera de la familia fue una reacción al cambio de la organización social romana, que dejó de centrar su atención en la *gens*, y concedió mayores prerrogativas a la ciudad popular.¹⁸

Sin embargo, los límites al acceso a estos tipos de testamento antiguos, sobre todo los temporales, aparejaron la necesidad de expandir las posibilidades de acceso a diversos actos que produjeran sus mismas consecuencias. Así las cosas, con el paso del tiempo, el pueblo romano no tuvo más opción que echar mano de un instituto jurídico preexistente para lograr surtir efectos similares a los que producía el testamento, en busca de agilidad y circulación de la sola trasmisión del patrimonio familiar cuando un *pater* se encontraba en circunstancias que ameritaban premura, como por ejemplo cuando estaba en inminencia de muerte.

Entonces, mediante la ampliación del uso de la *mancipatio*, la jurisprudencia utilizó otra disposición de la Ley de las XII Tablas¹⁹ con el fin de permitirle a aquel que se encontraba en inminente peligro de muerte (*si subita morte urgebatur*) hacer uso de dicho negocio, disponer de la totalidad de su patrimonio, traspasarlo a una persona de su entera confianza (*familiae*

¹⁷ Voci, Pasquale, *op. cit.*, nota 16, p. 6. Afirma el autor que los testamentos *calatis comitiis* de la época arcaica no eran frecuentes y que se presentaban cuando, a falta de hijos naturales, el testador prefería adoptar a un *sui iuris* extraño y dejarlo en la posición de hijo suyo (*suus heres*), así, dicho testamento sería más bien una adopción (*adrogatio mortis causa*) con la cual se buscaba limitar la posición de los agnados próximos, refrendada por la reunión de las curias de un lado y asegurando la continuación de los ritos (*sacra*) familiares por el otro, ya que la ceremonia se celebraba frente al *pontifex maximus*.

¹⁸ “La libertad de instituir a un extraño, tan nítidamente en antítesis con la costumbre, debe ser explicada, de nuevo, como un golpe rudo contra la cohesión política del patriciado: ahora, en el orden legal de la delación de las cosas hereditarias, los agnados prevalecen sobre los gentiles. Quienes reconocieron al *pater familias* el poder de instituir heredero a un extraño, evidentemente no tenían ninguna preocupación por tutelar a los sui. Estos eran escombros de un orden más antiguo, ya no compatible con la idea de la ciudad popular: tal orden era el de la familia patricia”. De Martino, Francesco, *op. cit.*, nota 9, p. 49.

¹⁹ Tabla VI,1. *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto* (Celebrándose *nexum* o *mancipatio*, lo que se declarase verbalmente, eso sea derecho). Aunque Talamanca afirma que realmente la conjugación de los efectos de la *mancipatio familiae* y posteriormente del testamento *per aes et libram* proviene de la tabla V,3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto* (Como si legase sobre cosa propia, eso valga como derecho). Talamanca, Mario. *Istituzioni di Diritto romano*, Italia, Giuffrè, p. 718.

emptor) para que este cumpliera con el encargo de que, una vez aquel falleciera, transfiriera los bienes a unos determinados beneficiarios. Esta forma de *mancipatio fidei causa* es conocida como *mancipatio familiae*, que servirá de base a la siguiente figura testamentaria utilizada por los romanos.²⁰

Sin embargo, debemos precisar que del negocio realizado no se desprende propiamente un testamento ya que los efectos producidos se derivan de la *mancipatio*, es decir, se considera un acto entre vivos, por lo que ni el *familiae emptor* ni los beneficiarios son realmente instituidos como herederos.²¹

Luego, al final de este periodo, de la *mancipatio familiae* se da paso a una verdadera forma testamentaria, el *testamento per aes et libram*, que consistía en un negocio mancipatorio por el cual el testador (*mancipium dans*) entregaba su familia al *familiae emptor* (*mancipium accipiens*), quien la recibía afirmando que lo hacía con el único propósito de custodiarla hasta tanto aquel instituyera a alguien como heredero mediante la *nuncupatio* que realizaba inmediatamente después.²²

²⁰ Gai. 2,103. *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicitur gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.* (Mas aquellas dos clases de testamento cayeron en desuso, conservándose en uso solamente el que se hace por medio del bronce y la balanza. Sin embargo, hoy se dispone de modo distinto a como solía hacerse antes; porque antiguamente el comprador de la familia, esto es, el que por medio de una *mancipatio* recibía la familia del testador, se colocaba en la situación de heredero, y por ello el testador le ordenaba que a su muerte repartiera los bienes en la forma por él indicada; hoy, sin embargo, se instituye en el testamento un heredero a quien se encomienda el reparto de los legados, y permanece el otro como comprador de la familia, por mera fórmula, para imitar el derecho de los antiguos.) De la misma manera Cic. *De nat. deor.* 2,3,9.

²¹ Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Romano Privado*. 2ª ed., Chile, Thomson Reuters, 2013, t. II, p. 466.

²² Gai. 2,104. *Eaque res ita agitur: qui facit <testamentum>, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, v testibus ciuibus romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scriptserit, mancipat alicui dicitur gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIA[M] PECUNIA[M] QUE TUA[M] ENDO MANDATELA TUA[M] CUSTODELAQUE NEA, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUMDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO NIHI EMPTA; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori u elud pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane qua testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.* (Esto se hace de la siguiente manera: el que hace testamento, estando presentes, como en las demás *mancipationes*, cinco testigos ciudadanos romanos púberos y el *libripens*, después de haber escrito las tablas del testamento, transmite al otro su familia por medio de la

Este negocio es considerado como una verdadera forma testamentaria por cuanto, con base en la interpretación de la jurisprudencia de la norma incorporada en la ley de las XII Tablas, tabla V,3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*, se dijo que en la “facultad de *legare* se encontraba aquella *latissima potestas* de disponer *mortis causa*, de la que se deriva por *interpretatio* el reconocimiento gradual de las distintas disposiciones testamentarias”.²³

En suma, el *testamento per aes et libram* se caracteriza por cuatro elementos: su naturaleza oral; la importancia en su contenido de la *heredis institutio*, sin la cual, otras disposiciones insertadas en el testamento no tendrían validez; el carácter universal de la sucesión testamentaria, por el cual todo heredero adquiriría el todo así fuera instituido por una cantidad menor; y finalmente la naturaleza patrimonial del acto que trae consigo la separación del contenido patrimonial de la *hereditas* frente a los otros elementos familiares, de tal manera que mediante este instrumento un extraño a la familia podía heredar patrimonialmente pero no algún tipo de elemento familiar tal como los *sacra* o el *ius sepulchri*.²⁴

Con esta breve descripción, hemos mencionado los tipos de testamento que existieron en el primer período de la historia de Roma, todos ellos con ciertos matices y particularidades, pero con una directriz común, permitir al testador instituir como heredero a quien considerase conveniente, en principio dentro de su núcleo familiar y luego, por influencia de otros pueblos, tanto al *suus* como al *extraneus*.

Los condicionamientos frente a la institución del heredero por parte del testador fueron cada vez menos rigurosos, sirvieron para relajar los lazos entre la primigenia estructura familiar y la sucesión, ofreciendo de esta manera coherencia con respecto a las necesidades sociales y económicas de la ciudad luego de la influencia etrusca y el asentamiento y consolidación del

fórmula de la *mancipatio*, para lo que el comprador de la familia utiliza estas palabras: AFIRMO QUE, CONFORME A TU MANDATO, TU FAMILIA Y TUS BIENES ESTÁN BAJO MI CUSTODIA, Y, PARA QUE CONFORME A DERECHO PUEDAS HACER TESTAMENTO SEGÚN LA LEY PÚBLICA, LOS COMPRO CON ESTE BRONCE Y, según añaden algunos, CON ESTA BALANZA DE COBRE. Entonces golpea con el bronce la balanza y lo entrega al testador a modo de precio; después el testador, sosteniendo las tablas del testamento, dice así: ASÍ COMO ESTÁ ESCRITO EN ESTAS TABLAS DE CERA, ASÍ DOY, LEGÓ Y TESTO, Y ASÍ VOSOTROS, CIUDADANOS, SEDME TESTIGOS DE ELLO. A esto se le llama *nuncupatio*, pues *nuncupare* es nombrar públicamente, y así lo que el testador escribió detalladamente en las tablas parece que lo designa y confirma de una manera general).

²³ Biondi, Biondo, *op. cit.*, nota 15, p. 45.

²⁴ Voci, Pasquale, *op. cit.*, nota 16, pp.17 y ss.

pueblo romano como comunidad unitaria, lo que de ninguna manera significa exacerbar al punto de la arbitrariedad el acto del testador.²⁵

Inmersos en esta situación, daremos paso ahora a las vicisitudes que afectan al acto testamentario en la Roma del siguiente periodo, teniendo en cuenta que es en el *testamento per aes et libram* donde se centran las ideas clásicas del *ius civile* con respecto a la libertad de testar.

2. Segundo período (siglo III a.C.-mitad del siglo III d.C.)

Para esta época, junto a los tipos de testamento propios del derecho del pueblo romano, encontramos los del derecho honorario (*ius honorarium*), que, acudiendo a la *aequitas* complementan, corrigen o suplen lo que aquellos no regulan, sea por su insuficiencia, sea por su eventual falta de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales, en consecuencia, el conjunto de elementos que tienden en mayor o menor medida a incidir en la libertad de testar serán de naturaleza diversa, sin embargo, veremos cómo las decisiones de restringir en ocasiones la voluntad del testador tienen un sustento lógico, basado en las mutaciones que sufre la ciudad, que de paso sea dicho no fueron pocas en este periodo.

Probablemente, ya desde el siglo III a.C., el único testamento que subsistió del elenco de aquellos que hacían parte del *ius civile* fue el *testamento per aes et libram*, que ocupó un lugar privilegiado dentro de la experiencia jurídica romana y que obviamente incidió en la creación del testamento pretorio, basado en la *bonorum possessio*.

Es preciso recordar que el testamento *per aes et libram* se hacía mediante el pronunciamiento de unas determinadas palabras, es decir, la *nuncupatio* que realizaba el testador era oral, en consonancia con la tradicional forma de operar del negocio mancipatorio; para la época de Gayo (siglo II d.C.), el testador refrendaba verbalmente lo escrito en unas tablas de madera cubiertas de cera (*tabulae*), las cuales contenían la disposición testamentaria mencionada.²⁶

Entonces, con el paso del tiempo, las tablas, que en principio cumplían una función meramente probatoria, pasaron a ser una forma de testamento, principalmente en los casos en que este era secreto, por lo que su contenido constituía el acto testamentario mismo, y la *nuncupatio* hecha en la *gestio per aes et libram* se reducía a mencionar que en tales tablas se encontraba la voluntad manifiesta del testador: *Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita di*

²⁵ De Martino, Francesco, *op. cit.*, p. 49.

²⁶ Talamanca, Mario, *op. cit.*, nota 18, p. 720.

ita lego ita testor itaque vos Quirites mihi testimonium perhibetote (Así como está escrito en estas tablas de cera, así doy, lego y testor, y así, vosotros, ciudadanos, sedme testigos de ello).²⁷

Podemos afirmar entonces que siempre y cuando se respetaran las solemnidades del *testamento per aes et libram*, este podía ser oral u escrito.²⁸

Ahora, a la par de las instituciones del *ius civile*, apareció una nueva forma de testamento protegido por la labor del pretor, derivada de la costumbre de incorporar en el contenido de las *tabulae* las disposiciones de última voluntad del causante. Este testamento pretorio debía celebrarse frente a siete testigos que daban fe de su contenido firmándolo (*obsignatio*), pero sustraía de su forma las solemnidades propias de la ceremonia del cobre y la balanza. Lo anterior, entre muchas otras cosas, parecía ser una manera de consolidar la importancia que la voluntad del testador ocupaba en los actos de última voluntad.

Este nuevo sistema cobraba relevancia en los casos en que no se sabía con precisión quiénes detentaban efectivamente la calidad de heredero, debido a la existencia de un testamento civil y otro pretorio, lo que hacía necesario acudir a un proceso en el que ello se discutía. Allí, el pretor podía otorgar la *bonorum possessio secundum tabulas sine re* a los que supuestamente ostentaban la calidad de herederos según el derecho honorario, aun así, estos podían ser despojados de la posesión de los bienes mediante la *hereditatis petitio* ejercida por aquellos instituidos como herederos según el *ius civile*.

Sin embargo, el pretor, cuando consideraba dignos de protección a aquellos instituidos herederos por las tablas, podía denegar la acción ejercida por los supuestos herederos según el derecho civil (*denegatio actionis*), o podía otorgar una *exceptio doli* mediante la cual lograba truncar la pretensión propuesta, asegurando la situación posesoria pretoria (*bonorum possessio cum re*).²⁹ Esta posibilidad se dio mediante un rescripto de Antonino Pío³⁰ y dicha

²⁷ Gai. 2,104, nota 21.

²⁸ “El testamento escrito tuvo mucha difusión por las grandes ventajas que suponía, hasta el punto que se habla de *tabulae* y de *heredis scripti* para indicar respectivamente el testamento y los herederos designados en él. Pese a ello no desaparece el oral, habiendo en el ámbito del *ius civile* y de la *mancipatio* una concurrencia del testamento oral o nuncupativo y del escrito (*fr.* 21 pr., D.28,1, Ulp. 2 *ad Sab.*)”. Biondi, Biondo, *op. cit.*, nota 15, p. 49.

²⁹ Biondi, Biondo, *Diritto ereditario romano. Parte generale (Corso di lezioni)*, Italia, Giuffrè, 1954, p. 130.

³⁰ Gai. 2,119-120. 119. *Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur, <et> si nemo sit ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, uelut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem. Nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non ualeat, uelut quod familia non uenerit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit. 120. Sed uideamus an etiamsi frater aut patruus*

decisión tendía a proteger la verdadera voluntad del testador, ya que prevalecía el acto realizado más recientemente, sin importar la existencia de uno anterior amparado por el derecho civil.

El testador podía disponer casi que ilimitadamente de la masa sucesoral: podía asignar como herederos a aquellas personas señaladas como tales en las reglas de la sucesión intestada, o a cualquier otro que considerara, siempre y cuando tuviese la capacidad de hacerlo (*testamenti factio*).³¹ Con el paso del tiempo también pudieron testar las mujeres liberadas mediante *coemptio testamenti causa*, los esclavos con respecto a parte del peculio y los *filifamilias* sobre el peculio castrense y cuasicastrense.

A partir de finales del siglo III a.C., sin embargo, comenzaron a aparecer una serie de normas que tendieron a restringir la voluntad del testador, debido a la imperiosa necesidad de evitar, por un lado, las disipaciones del

extent, potiores scriptis heredibus habeantur. Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos qui ab intestato uindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali. (No obstante, el pretor ofrece la posesión de los bienes a los herederos instituidos en las tablas del testamento, si éste está confirmado por siete testigos, y si no hay nadie a quien *abintestato* corresponda por derecho legítimo la herencia, por ejemplo, un hermano nacido del mismo padre, un tío paterno o un hijo del hermano, y entonces los instituidos herederos podrán retener la herencia. Este derecho existe también si el testamento no es válido por otra causa, por ejemplo, porque no se vendió el patrimonio o porque el testador no pronunció las palabras de la *nuncupatio*. 120. Pero veamos si, aun existiendo un hermano o un tío paterno, tienen éstos preferencia sobre los instituidos herederos, pues un rescripto del emperador Antonino alude a que los que piden la posesión de los bienes en virtud de un testamento hecho sin formalidades legales pueden defenderse, por medio de una excepción de dolo malo, frente a los que reclaman la herencia *abintestato*.)

³¹ Gai. 3,74-76. 74. *Eorum autem quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit, bona modo quasi ciuium Romanorum libertorum, modo quasi Latinorum ad patronos pertinent.* 75. *Nam eorum bona qui, si in aliquo uitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi ciuium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. Non tamen hi habent atiam testamenti factionem; nam id plerisque placuit, nec en merito, nam incredibile uidebatur pessimae condicionis hominibus uoluisse legis latorem testamenti faciendi ius concedere.* 76. *Eorum uero bona qui, si non in aliquo uitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent; nec me praeterit non satis in ea re legis latorem uoluntatem suam uerbis expressisse.* (Los bienes de aquellos a los que la ley Aelia Sentia sitúa en la categoría de los dediticios pertenecen a los patronos o como bienes hereditarios de los libertos ciudadanos romanos o como bienes hereditarios de los latinos. 75. En efecto, los bienes hereditarios de aquellos que de no haber habido ningún inconveniente se habrían hecho ciudadanos romanos al ser manumitidos, son atribuidos por la misma ley a los patronos como si fueran de los libertos ciudadanos romanos. Sin embargo, éstos no tienen capacidad de hacer testamento. Efectivamente, esto opinó la mayoría, y no sin motivo, pues parecía increíble que el que propuso la ley quisiera conceder el derecho de hacer testamento a hombres de tan pésima condición. 76. Por otra parte, los bienes hereditarios de aquellos que si no hubieran tenido aquel inconveniente habrían sido latinos al ser manumitidos, se atribuyen igualmente a los patronos, como si hubieran muerto latinos, y no ignoro que el legislador no expresó su voluntad claramente sobre este hecho.) C.6,23,28.

patrimonio familiar por parte del *paterfamilias* indiferentemente de si el negocio utilizado era *inter vivos* o *mortis causa*, y por otro, que las disposiciones insertadas en el testamento dejaran a aquellos considerados legitimarios sin haber patrimonial con que subsistir.³²

Las normas a las que referimos se encuentran tangencialmente descritas en el texto gayano del siglo II d.C. La primera de ellas fue un plebiscito conocido como la *lex Cincia* del 204 a.C.,³³ que pretendía restringir las donaciones *inter vivos* hechas por el *pater*. Recordemos que en este momento Roma estaba pasando por una situación social sumamente difícil ya que apenas estaba en las postrimerías de la segunda guerra púnica y la gran cantidad de recursos económicos y humanos dirigidos a apaciguar la contienda bélica, desgastaron la calidad y forma de vida que acostumbraban en la *caput mundi*,³⁴ por lo que se hizo imperiosa la necesidad de proscribir en cierta medida las liberalidades e intentar proteger de un malgastado patrimonio a las familias romanas.

El espíritu de los romanos de la República siempre tendió a la austeridad y la protección de la riqueza acumulada, tanto así, que inmerso en discusiones filosóficas en las cuales no viene al caso profundizar, Cicerón, en el siglo I a.C., aconsejando a su hijo, llama a la conciencia de los ciudadanos con el fin de que eviten disipar su patrimonio en banalidades y tiendan a conservarlo o a invertirlo en causas justas:

Y me maravillo de cómo Teofrasto en aquel libro que escribió ‘sobre las riquezas’, donde se encuentran tantas cosas buenas, haya incurrido en el absurdo de ser tan prolijo elogiando la magnificencia y la preparación de los espectáculos públicos, y juzga que el placer de las riquezas consiste en poder hacer todos estos gastos. A mí me parece mucho mayor y más seguro fruto de la generosidad aquel del que acabo de poner unos pocos ejemplos. ¡Con cuánta más seriedad y razón nos reprende Aristóteles! Que nos maravillemos de esos derroches de dinero que hacen para a halagar a la multitud. ‘Si los que se ven cercados por los enemigos —dice— se ven obligados a comprar un sextario de agua por una mina, esto de primer momento nos parece increíble y todos nos admiramos, pero, cuando reflexionamos bien, se excusa teniendo en cuenta la necesidad; mas, en estos enormes derroches en infinitos gastos, nada nos sorprende demasiado, cuando sobre todo ni se remedia ninguna necesidad, ni se acrecienta la dignidad, y aquel mismo placer de la multitud no dura más

³² Voci, Pasquale, *op. cit.*, nota 16, pp. 25 y ss.

³³ De la cual no conocemos a cabalidad su contenido sino solo fragmentos que llegan a nuestros días mediante los *Fragmenta Vaticana*.

³⁴ Capogrossi Colognesi, Luigi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Italia, Ed. Il Mulino Strumenti, 2014, pp. 154 y 155.

que unos momentos, y por lo común gustado por las personas ligeras, y todavía en ellas desaparece con la saciedad la memoria del gusto.³⁵

Una *lex Furia testamentaria* de año desconocido prohibió que un legado tuviera un valor mayor a 1000 *ases*,³⁶ salvo que fuera otorgado a persona distinta de los *cognati* hasta el sexto grado. Explica Gayo que dicha ley podía ser fácilmente burlada fraccionando la fortuna en legados con un valor igual o menor a 1000 *ases*.

En el 169 a.C., aparece una *lex Voconia*. Esta ley prohibía a los ciudadanos con un patrimonio mayor a 100.000 *ases*, por una parte, instituir como heredero a las mujeres, y por otra, que cada legatario pudiera conseguir más que el heredero, lo cual trajo inconvenientes en la medida en que el testador podía fraccionar tanto sus legados que la expectativa hereditaria no se justificaba frente a la obligación de distribución de los legados constituidos.³⁷ De esta manera, muchas herencias fueron repudiadas por los herederos, porque representaban más cargas que utilidades desde el punto de vista económico.

Dicha situación trató de ser contrarrestada mediante la *lex Falcidia* del año 40 a.C., en la cual se dispuso que al menos un cuarto del patrimonio debía corresponder a los herederos; si ello no se respetaba, cada legado constituido debía ser reducido hasta el punto de poder cumplir con tal requisito.³⁸ Éste es el antecedente de lo que hoy conocemos como legítima

³⁵ Cic. *De off.* 2.16.56.

³⁶ Gai. 2,225. *Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortis causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecti quod uoluit; qui enim uerbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenno asses legando totum patrimonium erogare.* (A consecuencia de ello se promulgó la ley Furia, en la que se prohibía que, con excepción de ciertas personas, nadie pudiera recibir por legado o donación a causa de muerte más de mil ases. Sin embargo, esta ley no consiguió lo que pretendía, pues el que tenía un patrimonio, por ejemplo, de cinco mil ases, podía repartirlo por entero instituyendo cinco legatarios con mil ases cada uno.)

³⁷ Gai. 2,226. *Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortis causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere uidebantur; sed tamen fere uitium simile nascebatur; nam in multis legatariorum personas distributo patrimonio poterat <testator> adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.* (En vista de esto, se promulgó después la ley Voconia, por la que se estableció que nadie podría recibir por legado o donación por causa de muerte más que los herederos. Con esta ley parecía evidente que los herederos siempre tendrían algo, pero, con todo, a menudo surgía el mismo inconveniente, pues el testador, distribuyendo su patrimonio entre gran número de legatarios, podía dejar tan reducida la porción del heredero que no le compensara soportar las cargas de la herencia a cambio de tan pequeño beneficio.)

³⁸ Gai. 2,227. *Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem; itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat; et hoc nunc iure utimur.* (Finalmente se promulgó la ley Falcidia, por la que se estableció que el testador no puede legar más de tres

dentro de las asignaciones forzosas en el derecho sucesorio. Con respecto a las razones por las cuales fue expedida esta ley, a más de la ya mencionada, Voci, siguiendo a Dion Casio,³⁹ indica lo siguiente:

La lex Falcidia fue emanada en el tiempo del II triunvirato, en los preparativos de la guerra contra Sexto Pompeyo. Es probable que esta se deba a un propósito fiscal: los triunviros, introduciendo (o intentado introducir) un impuesto sucesorio, tuvieron interés en que la herencia fuese aceptada. Esto puede explicar el elemento nuevo de la tutela del heredero, que en las leyes precedentes no se encuentra. Así, la segunda orientación limitativa desemboca en la primera: también ello propende por la tutela del heredero [Trad. Libre].⁴⁰

Entonces, es de observar cómo estas limitaciones atendían, y queremos insistir en ello hasta el cansancio, a problemas coyunturales, sociales y económicos que requerían de una respuesta desde el punto de vista jurídico para ser superados.

Posteriormente apareció en el derecho civil un límite consistente en el cumplimiento de ciertas formalidades en la construcción del acto testamentario que obedecían más a valoraciones morales y sociales, pero que con el paso del tiempo fueron haciendo mella en el sistema jurídico. Nos referimos a la necesidad del *pater* de mencionar, sea para instituir o sea para desheredar, sin necesidad de aludir a una justa causa, a los hijos que se encontraban sujetos a su potestad, si olvidaba u omitía mencionarlos (*praeterire*), el testamento adolecía de un vicio que desembocaba en la nulidad del negocio. No conocemos la época de la datación de la norma, pero probablemente proviene de la *praxis* del tribunal de los centunviros.⁴¹ Los hijos debían ser mencionados por su nombre, mientras que otro tipo de descendientes podían ser mencionados de manera general. Como consecuencia de la preterición de un *sui heredes* debía entonces acudir a la sucesión intestada.⁴²

cuartas partes de la herencia, de modo que necesariamente el heredero tenga una cuarta parte, y tal disposición se observa hoy).

³⁹ Dion Casio LV.25.6.

⁴⁰ “*La lex Falcidia fu emanata al tempo del II triumvirato, quando si prevedeva di far guerra a Sesto Pompeo. È probabile che si collegli a uno scopo fiscale: i triumviri, introducendo (o contando di introdurre) una imposta successoria, avevano interesse che le eredità fossero accettate. Questo può spiegare l’elemento nuovo della tutela dell’erede, che nelle leggi precedenti non si trova. Così il secondo indirizzo limitativo confluisce nel primo: anch’esso prevede alla tutela dell’erede*”. Voci, Pasquale, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹ Voci, Pasquale, *op. cit.*, nota 16, p. 26.

⁴² Gai. 2,123. *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testatibus, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, nimenm heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non consititerit institutio. Sed diuersae scholae auctores, siquidem filius mortis patris tempore*

Pero, como es claro, se trata nada más que de una limitación formal, no sólo porque el *pater* todavía puede desheredar sin expresión de causa a los *sui* o *liberi*, y en tal caso se respeta absolutamente su disposición, más también porque si los instituye como sucesores, no está sujeto a asignarles una cuantía determinada, y aunque sea la menor concebible, también se respeta del todo su asignación.⁴³

Con la entrada en vigor de postulados estoicos por la influencia helénica que indudablemente permea el pensamiento romano, apareció luego una limitación de naturaleza sustancial en la *querela inofficiosi testamenti*, que tiene como sustento la idea de que el testador debe dejar una parte de su patrimonio a los hijos por el afecto mínimo que les debe, lo cual al no cumplirse convierte al testamento en *inofficiosum* y queda sujeto a ser resuelto.⁴⁴ No sólo debe ser mencionado el hijo sino que debe recibir una cantidad mínima (*portio debita*), que para el principado corresponde a la cuarta parte de la cuota que habría de recibir en una sucesión *ab intestato*.⁴⁵ La posibilidad de ejercicio de la *querela* protegía también los intereses del hijo que ya no se encontraba sujeto a la potestad del padre.

De esta manera se consolida entonces el concepto del *officium pietatis* proveniente de esa forma procesal de protección del hijo que, o no recibió

uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant <non> statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito. (El que tiene un hijo bajo potestad debe cuidar de instituirle heredero o desheredarle nominalmente; en otro caso, si no lo mencionara, su testamento será nulo, hasta el extremo de que, según nuestros maestros, incluso si viviendo el padre muriera el hijo, nadie puede ser heredero por aquel testamento, pues la institución ha sido nula desde el principio. No obstante, los autores de la escuela contraria opinan que si el hijo vive en el momento de la muerte, ello es impedimento para los herederos testamentarios, y aquel se hace heredero legítimo; pero entienden que si fallece antes de la muerte del *pater*, entonces aquellos pueden aceptar la herencia, pues el hijo ya no es impedimento, ya que estiman que el testamento no se hace nulo desde el principio por la preterición del hijo.)

⁴³ Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 21, p. 540.

⁴⁴ Val. Max. 7.2; Cicerón. *Cluent.* 15.45.

⁴⁵ D.5,2,8,8 Ulp. 14 ad ed. *Quoniam autem quarta debitae portiones sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur; ut puta sumus duo filii exheredati; et utique faciet, ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus, unicus sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit.* (Mas por cuanto la cuarta parte de la porción debida basta para excluir la querella, se habrá de ver, si hará parte el desheredado que no se querella; por ejemplo, somos dos los hijos desheredados; y ciertamente la hará, como respondió Papiniano; y si yo acusara de inoficioso, no debo pedir toda la herencia, sino la mitad. Por lo cual, si hubiera nietos procedentes de los dos hijos, y del uno muchos, por ejemplo, tres, y del otro uno solo, la onza y media excluye de la querella al único, y la media onza a cualquiera de aquellos.)

en el testamento o recibió muy poco, extendiéndose en su aplicación a los descendientes, ascendientes y los hermanos de doble vínculo que no recibieran al menos la cuarta parte de lo que recibirían por ley, permitiendo en estos casos a los damnificados el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*.⁴⁶

La mexicana Ramírez Arce, para explicar desde el punto de vista social, la razón de ser del auge del concepto de *officium pietatis*,⁴⁷ acude a un pasaje extraído de la obra *de Clementia* de Séneca que data del siglo I d.C.:

¿Cuál es su tarea entonces? Le de los buenos padres que suelen reñir a sus hijos algunas veces con suavidad, otras veces amenazadoramente, en otras ocasiones suelen añadir golpes a las advertencias. ¿Acaso alguna persona cuerda deshereda a sus hijos a la primera afrenta? A no ser que hayan agotado su paciencia numerosos e importantes agravios, a no ser que sea más lo que teme que lo que condena, no recurre a la firma definitiva.⁴⁸

Esta visión del filósofo romano cuestiona el uso desmesurado de la libertad de testar por el *paterfamilias*, quien al parecer, en ocasiones desheredaba a alguno de sus hijos como represalia a su comportamiento sin antes intentar corregirlo de una manera menos drástica.

En la primera mitad del siglo III d.C., mediante un rescripto de Alejandro Severo, para evitar el aminoramiento fraudulento del haber y vulnerar el derecho de los legitimarios mediante donaciones realizadas en vida por el causante, aparece la *querela inofficiosae donationis* por la cual se permitió rescindir tales donaciones excesivas en la medida necesaria para poder pagar la *quarta*.⁴⁹

⁴⁶ *Inst.* 2, 18, 6. Para que la acción del testamento inoficioso no pueda ejercitarse, es preciso que se tenga la cuarta, ya por derecho hereditario, por causa de muerte, ya por donación entre vivos, en los casos mencionados en nuestra constitución, o por todos los demás medios enumerados en las constituciones. Lo que hemos dicho de la cuarta debe entenderse de manera que, aunque haya una o muchas personas con derecho contra el testamento inoficioso, se puede darles una sola cuarta para distribuirla entre sí proporcionalmente, es decir, para cada uno el cuarto de su porción viril.

⁴⁷ “Si dice que un testamento que excluye a los hijos del patrimonio hereditario es un testamento contrario al *officium (inofficiosum)* es decir, contrario al ‘deber de afección’ que el padre tenía hacia sus hijos, ello atendiendo a las condiciones de la sociedad romana...”. Ramírez Arce, Bertha Alicia, “El *officium pietatis*. Una reflexión de justicia para los preteridos en materia testamentaria, en la legislación civil mexicana”, en José Luis Cuevas Gayosso (coord.), *Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, México, Ed. Universidad Veracruzana, 2009, p. 239.

⁴⁸ Séneca, *de Clem.* 1.14.1.

⁴⁹ D.31,87,3 Paul. 14 *resp. Imperator Alexander Augustus Claudio Iuliano Praefecto urbi: ‘Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervortendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit, id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari’.* (El Emperador Ale-

Por otra parte, en lo que a la sucesión testamentaria pretoria respecta, en consonancia con la misma lógica que impuso ciertas limitaciones a la libertad de testar para el *ius civile*, aparece la figura de la *Bonorum possessio contra tabulas*.⁵⁰

Se estaba en presencia de la *bonorum possessio contra tabulas* en los eventos en que había una preterición que afectaba los derechos de un emancipado, hija o nieto o nieta (*liberi*). Mediante esta figura el testamento carecía de validez obligando a acudir a la sucesión intestada, sin embargo, la mención de las desheredaciones realizadas en él se mantenía incólume,⁵¹ de esta manera, los *liberi* acudían por la cuota *ab intestato* que les correspondía sobre un caudal mayor que el tenido en cuenta en una mera sucesión intestada debido a la exclusión de los desheredados.⁵²

Por todo lo anterior, la *potestas* del *pater* con respecto a la libertad de disponer en el testamento fue mermada ostensiblemente en comparación con el periodo precedente. Sin embargo, es de recalcar que no parece haber limitaciones tales que menoscaben gravemente su voluntad, ya que todos los eventos recién mencionados obedecen a criterios equilibrados que admiten que el testador siga decidiendo sobre el destino de la mayor parte de la masa sucesoral, la institución de los herederos y legados, las manumisiones⁵³ y demás actos de última voluntad que allí podía realizar.

jandro Augusto a Claudio Juliano, Prefecto de la ciudad. ‘Si te constare, carísimo Juliano, que para impedir la querrela de testamento inoficioso la abuela consumió su patrimonio en las donaciones hechas a su nieto, exige la razón que se revoque respecto a la mitad de lo que donó.’)

⁵⁰ Las disposiciones que regulan en la obra justiniana los eventos de *bonorum possessio contra tabulas* las encontramos en D.37,4.

⁵¹ D.37,4,8 pr. Ulp. 40 *ad ed. Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec iure civili testamenta parentum turbant; sane si velint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio.* (No juzgó el Pretor que debían ser admitidos a la posesión de los bienes contra el testamento los tachados con desheredación y excluidos, puesto que ni aun por derecho civil alteran los testamentos de los ascendientes; y, a la verdad, está en su arbitrio promover, si quisieran, la querrela de testamento inoficioso.)

⁵² Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 21, p. 543.

⁵³ Frente a la posibilidad de realizar manumisiones testamentarias, dos disposiciones de inicios del principado establecen ciertas reglas. La primera se refiere a la *lex Fufia Caninia* del 2 a.C., que impidió manumitir más de 100 esclavos por esta vía; la segunda es la *lex Aelia Sentia*, que indicó que toda manumisión hecha por un menor de 20 años a un esclavo menor de 30 años debía seguir las formas de la *manumissio vindicta*; la primera ley dirigida a evitar la disipación del patrimonio familiar y la segunda para evitar que actos de un inexperto menoscabaran la fuerza de trabajo más importante para la época dentro del núcleo familiar.

Conviene no obstante mencionar que aunque pareciera que todas las disposiciones que afectaron al acto testamentario intentaron confinar al máximo la libertad de testar, también aparecieron institutos en virtud de los cuales es evidente el deseo de los juristas romanos por custodiar la voluntad del testador, en eventos en que esta podía verse alterada debido a las formas propias del derecho civil.

Hemos dicho hasta este punto que la piedra angular del testamento civil era la institución del heredero y en efecto así era, al punto de que si esta era nula, las demás disposiciones en él insertadas seguían su misma suerte.⁵⁴ Si era instituido alguien como heredero sobre una sola cosa (*ex certa re*) o se excluía de su haber alguna (*excepta re certa*) sin ser asignada a otro, el testamento era considerado inválido debido a la incongruencia que se presentaba en el entendido de que “el *heres* sucedía al *de cuius* en todas sus relaciones jurídicas transmisibles y excluirlo de alguna, sin asignarla, implicaba desconocer su condición de heredero”.⁵⁵ La misma suerte corría la totalidad del testamento si la institución del heredero era sometida a un término.⁵⁶

Probablemente para el siglo III d.C., la importancia económica de los legados trae como consecuencia un profundo cambio de concepción en la eficacia que tenían las disposiciones testamentarias diferentes a la institución del heredero, afianzando cada vez más, dentro del pensamiento de los romanos la noción del *favor testamenti*, entendido como “la elaboración de nuevas figuras e interpretaciones jurídicas que permitieron afirmar la validez y la eficacia del testamento cuando, de atenerse a las reglas e interpretaciones del *ius civile*, el acto debía ser considerado como nulo.”⁵⁷ Algunas fuentes del Digesto y de las Instituciones de Gayo nos permiten refrendar lo que acá afirmamos,⁵⁸ teniendo presente que el último texto parece presentar la situación como fruto de un *ius controversum* entre las escuelas del siglo I d.C.

⁵⁴ Fernández Barreiro, Alejandrino, *Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana*, núm. 10, España, AFDUDC, 2006, p. 288.

⁵⁵ Alarcón Rojas, Fernando, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 82.

⁵⁶ D.28,5,34. Pap. 1 *Def. Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio*. (No se da válidamente una herencia desde cierto día, o hasta un día, pero quitado el vicio del tiempo subsiste la disposición.)

⁵⁷ Alarcón Rojas, Fernando, *op. cit.*, nota 54, p. 50.

⁵⁸ Gai 2,97 y ss; D.28,3,16; D.28,5,9,13; D.28,5,45; D.28,5,74; D.28,6,41,8; D.28,7,1; D.28,7,9; D.28,7,14; D.28,7,20; D.30,54; D.30,104,1; D.35,1,6,1; D.36,2,5,4.

3. *Tercer período (mitad del siglo III d.C.-siglo V d.C. en Occidente y siglo VI d.C. en Oriente)*

A partir del siglo IV d.C. la corriente de pensamiento imperante consolida postulados filosóficos y religiosos que cambian profundamente la estructura familiar y las demás instituciones que se derivan de ella; por supuesto, el testamento no fue la excepción.

Como corriente de pensamiento, el Cristianismo constituye el elemento preponderante en la transformación normativa que experimenta el derecho romano en el ámbito del Imperio de Oriente, pero influyen también en ello otros componentes culturales procedentes del mundo helenístico. La moral cristiana inspira una legislación que trata de dotar de estabilidad a la unión matrimonial, restringiendo el divorcio y fortaleciendo el propio compromiso matrimonial de esponsales; esa política legislativa da un tratamiento negativo al concubinato, favoreciendo, en cambio, su legitimación y la de los hijos.⁵⁹

Para la época de Constancio apareció una nueva forma de proteger el haber hereditario del otorgamiento de dotes que afectaban sustancialmente el valor de la *cuarta* a asignar, permitiendo revocar tal actuación con el fin de restituir a la masa sucesoral lo que correspondería a los legitimarios. Esta figura la llaman los modernos la *querela inofficiosae dotis*.⁶⁰

La evolución del sistema sucesorio contra el testamento cierra con la Novela 115. Diversas disposiciones provenientes de las constituciones imperiales allí incorporadas regulan y tienden a limitar la libertad testamentaria una vez más. Los ascendientes no pueden preterir ni desheredar a sus descendientes y viceversa,⁶¹ salvo justa causa previamente establecida por el emperador.⁶² La cuota legítima (*portio legitima*) asciende a un tercio de la porción intestada cuando los herederos son hasta cuatro, y a la mitad si el número asciende.⁶³

Pueden tanto ascendientes como descendientes ejercer una acción, cuando son preteridos o desheredados sin justa causa, con el fin de anular la *heredes institutio* incorporada al testamento. Las demás disposiciones de última voluntad quedan en firme por ello, lo que busca esta acción es caer en el even-

⁵⁹ Fernández Barreiro, Alejandrino, *op. cit.*, nota 54, p. 295.

⁶⁰ Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 21, p. 555.

⁶¹ Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 11ª ed., España, Ariel, 1993, p. 591; Nov. 115,3; Nov. 115,4.

⁶² Las Nov. antes citadas traen consigo las causales de preterición y desheredamiento.

⁶³ Iglesias, Juan, *op. cit.*, nota 41, p. 592.

to de la sucesión *ab intestado*, para que los interesados reciban lo que les corresponde por ese medio sin afectar las demás manifestaciones del causante.

III. EL RÉGIMEN TESTAMENTARIO Y LA LIBERTAD DE TESTAR EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Después de mirar la experiencia romana de la libertad testamentaria, es importante decir que en Colombia, adoptando las normas de las sucesiones del *Code* Napoleón, fue establecido un conjunto de reglas que delimitan de una manera desproporcionada el rango de actuación del causante mediante el negocio testamentario.

El régimen de las asignaciones forzosas en Colombia es regulado en el Código Civil, libro III, título V. Allí, el artículo 1226 establece que son asignaciones forzosas ‘los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas; la porción conyugal; las legítimas; y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes’.

No haremos referencia en esta ocasión a la porción conyugal, proveniente en su espíritu de las fuentes del derecho romano justiniano,⁶⁴ nos centraremos en las normas que rigen la lógica implementada para las legítimas y las mejoras, ya que es allí donde encontramos en un mayor grado las restricciones a la libertad de testar en nuestro medio.

El capítulo III del título V, en 25 artículos (1239 a 1264) define, explica y estructura la forma de operar de estas dos figuras. Expondremos ahora las normas que, en nuestro parecer, son relevantes para el tema que nos ocupa.

El artículo 1239 del Código Civil define la legítima como la “cuota de los bienes de un difunto que la ley designa a ciertas personas llamadas legitimarios” y el artículo 1240 enumera los legitimarios.⁶⁵ Dicho lo anterior, el artículo 1242 indica una serie de reglas relativas a la sucesión testada e intestada de la siguiente manera:

La mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno de esta división es su legítima rigorosa.

⁶⁴ Nov. 53,6; Nov. 117,5.

⁶⁵ 1. Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial. 2. Los ascendientes. 3. Los padres adoptantes. 4. Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple.

No habiendo descendientes, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

Habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales, o descendientes legítimos de éstos, sean o no legitimarios; y la otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio.

Así las cosas, de existir descendientes del testador, cual es la regla general, este sólo podría disponer de un cuarto de su haber patrimonial libremente. En el caso de las legítimas, no es posible modificar el valor que la ley asigna a cada legitimario, el cual se obtiene de dividir en partes iguales la mitad de los bienes del causante por el número de legitimarios que haya, según el orden y las reglas de la sucesión intestada.⁶⁶

Frente al cuarto de mejoras, el testador puede disponer que esta solamente beneficie a uno, algunos o todos los legitimarios y puede también asignar un valor diferente a cada uno de los mejorarios según sea su voluntad,⁶⁷ siempre con el límite del cuarto de los bienes.

En consecuencia, cabría pensar que si el cuarto de mejoras no es utilizado para beneficiar a alguno de los legitimarios el testador podría llegar a disponer de la mitad de sus bienes a como bien tenga, sin embargo, esto no es así.

A diferencia de lo que podríamos pensar,

no habiendo disposición a título de mejoras, esta cuarta acrecerá a las legítimas rigurosas de quienes son simultáneamente legitimarios y titulares de aquella cuarta y se distribuirá en la misma proporción en que lo ha sido la mitad legítimaria, que es el correcto y exacto sentido del art. 1249 en concordancia con el art. 1253. Lo mismo debe aplicarse para el evento en que no se haya dispuesto parcialmente de esta cuarta de mejoras.⁶⁸

De esta manera, en la sucesión testamentaria, el causante sólo puede disponer libremente de un cuarto de sus bienes en el caso de que existan descendientes, de lo contrario, habiendo legitimarios no descendientes podría llegar a disponer de la mitad del patrimonio tal como lo expresa el artículo 1242 que transcribimos anteriormente. Es de nuestro parecer que

⁶⁶ Lafont Pianetta, Pedro, *Derecho de sucesiones*, 7ª ed., Colombia, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2003, t. II, p. 339.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 340.

dicha imposibilidad de disposición de los bienes por parte del *de cuius* mediante un acto de última voluntad no guarda ningún tipo de concordancia con la realidad social colombiana. La Corte Constitucional reconoce en la familia un concepto amplio que no solamente engloba los lazos de consanguinidad sino que, teniendo en cuenta vínculos de solidaridad, amor, respeto u otros elementos de suma relevancia, propende por la protección de los derechos de aquellos que tienen la voluntad de conformarla.⁶⁹ En efecto, esa es la tendencia, y de ser así, de acuerdo al supremo tribunal, que intenta adecuar la interpretación del ordenamiento jurídico a la luz de las normas constitucionales, no compartimos la imposición legal plasmada en el Código Civil con respecto a la libre disposición del causante en un acto testamentario.

Por último, las razones esbozadas desembocaron en la elaboración de un proyecto de ley que esta siendo discutido en el Congreso colombiano, el cual busca reducir las asignaciones forzosas a un cuarto del total de la masa sucesoral, tratando de encontrar así un equilibrio entre la preservación de la familia, las necesidades imperantes de la economía desde el punto de vista del interés general y la equidad y justicia de las normas que regulan la materia.⁷⁰

IV. CONCLUSIONES

En el estudio de la experiencia jurídica romana encontramos un entramado de vicisitudes que afectaron a lo largo de su historia el principio de la libertad de testar, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el entorno colombiano, los límites impuestos al causante que disponía de lo suyo mediante actos de última voluntad siempre atendieron a razones de peso cultural, social y económicamente, necesarios para el desarrollo de la ciudad, y es de notar, al menos en el segundo periodo, que los linderos del actuar del testador nunca fueron tan rigurosos como lo son hoy día en la legislación colombiana, lo que podría indicar que los romanos pugnaron por darle cierta primacía a la libertad testamentaria y solo la restringían excepcionalmente.

La compilación justinianea, de acuerdo con el pensamiento cristiano y el conjunto de valores y principios que imperaban en la época, tendió a reducir

⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-070 de 2015; Sentencia C-577 de 2011; y Sentencia C-271 de 2003, entre otras.

⁷⁰ Para echar un vistazo al contenido y la exposición de motivos del Proyecto: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=238&p_consec=41772.

al máximo la libertad de testar, pero incluso en esta época las restricciones nunca llegaron a las exorbitantes prohibiciones que aplicamos hoy día.

En Colombia hay personas que preparan su proyecto de vida conforme la expectativa hereditaria que tienen sobre los bienes de sus padres, si nos centramos en el caso que más limita la voluntad del testador. Esta posición, si bien tiene su fundamento en querer preservar la familia tradicional, pierde toda actualidad si la cotejamos con los dictados de la productividad económica y la concepción de la estructura familiar que impera en nuestros días. Además, muchas veces las relaciones de los hijos con sus padres no son cercanas, y no en pocos casos, quienes acuden a socorrer a estos son personas que no pertenecen al núcleo familiar.

Dicho esto, ¿será que una limitación de esas dimensiones es justa y equitativa? La respuesta la dejamos a cada quien, pero esperamos haber aportado ciertos elementos de juicio luego del recorrido histórico recién hecho sobre la sucesión testamentaria en Roma, que ciertamente, o al menos eso creemos, nos permiten inclinar la balanza hacia la libertad.

El principio habría podido ser bastante peligroso si en su base hubiera estado la idea de favorecer ciegamente el egoísmo individual, o sea si se hubiera afirmado en un pueblo que hubiera elevado el egoísmo a la categoría de norma de vida. En realidad no se presentaron desastres graves, y ello nos permite exaltar nuevamente la superioridad de un pueblo que, disponiendo de instrumentos tan pavorosos como la *patria potestas* y la libertad de testar, los usó de manera altamente civilizada y, en general, subordinados a los intereses sociales y a los fines supremos de la grandeza del Estado.⁷¹

⁷¹ De Martino, Francesco, *op. cit.*, nota 9, p. 50.

EL DAÑO CORPORAL, UN PROBLEMA REAL
(PERMANENCIA DE LAS INSTITUCIONES
Y PRINCIPIOS DE DERECHO ROMANO
EN LOS ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS MODERNOS)

Georgina Alicia FLORES MADRIGAL

Los hombres están más dispuestos a pagar un perjuicio que un beneficio, porque la gratitud es una carga y la venganza un placer.

CORNELIUS TACITUS. Historiador Romano

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Téxto*. III. *Recepción del daño corporal en el Código Civil mexicano*. IV. *Bibliografía*.

I. PREÁMBULO

En la técnica de elaboración casuista perfeccionada por los juristas romanos, encontramos planteados y satisfactoriamente resueltos una serie de problemas reales que siguen planteándose en la actualidad. Estas respuestas al estar profundamente arraigados en la realidad para la que nacieron se han demostrado válidas y actuales a lo largo de los siglos, al punto que juristas de todas las épocas han acudido a los textos del Derecho romano, en la búsqueda de soluciones y han encontrado lo que necesitaban en cada momento.¹

¹ Stein, Peter, *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, traducción César Hornero y Armando Romanos, Madrid, 2001, p. 3.

En cuanto al modo de proceder, los juristas romanos, ante un supuesto de hecho concreto, examinan la cuestión litigiosa desde un enfoque procesal y no desde un enfoque sustantivo, porque la finalidad que se proponen es siempre práctica. Esto no quiere decir que no elaboraran teorías y remedios jurídicos diversos, pero solo en cuanto necesarios y aptos para resolver las dificultades del caso concreto, valiéndose de una lógica propia en la que el raciocinio jurídico se une a un gran sentido de la oportunidad, la conveniencia y la equidad. De modo, que lo que primero se preguntan e indagan es el medio de tutela procesal que es un *prius* para la protección de todo derecho subjetivo.²

En esta obra se presenta un supuesto de hecho que, se ha extraído de la variada y rica casuística de la jurisprudencia clásica recogida en el Digesto. Es importante llamar la atención sobre la permanencia de las instituciones y principios de derecho romano en los ordenamientos jurídicos modernos, por ello, se facilitan, además de los textos jurisprudenciales romanos, aquellos artículos del Código Civil o de otras leyes especiales.

II. TEXTO

D.9,2,5,3 Un zapatero, dice a un niño aprendiz, ingenuo hijo de familia que no hacía muy bien lo que le había enseñado, le dio un golpe en la cerviz con la horma de un zapato, de tal suerte que a un niño le vació un ojo; y por ello dice Juliano, que no compete ciertamente la acción de injurias, porque no le había dado el golpe para inferirle injuria, sino con objeto de reprenderle y de enseñarle;” pero duda si la de arrendamiento, porque al que enseña le es permitido tan solo un leve castigo. Pero no dudo que puede ejercitarse la acción de la ley Aquilia.

El primer elemento de reflexión es lo dicho por Juliano, *que no compete ciertamente la acción de injurias, porque no le había dado el golpe para inferirle injuria.*³ -Entendida ésta última, como todo acto que implicara una lesión física o corporal, en el régimen de la ley de las XII Tablas, si alguien rompiera a otro un miembro, si con la mano o un bastón se fractura el hueso de un hombre libre o de un siervo, todo daño corporal duradero, hasta cualquier otro tipo de afrenta física,

² Pérez Álvarez, María del Pilar, *Casuismo y jurisprudencia romana*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2012, pp. 12 y 13.

³ Ulpiano define a la *iniuria* como todo acto que se realiza injustamente. D.47,10,1. “*Iniuria est omne, quod non iure fit*”.

como propinar bofetadas. En esta ley puede constatarse, la evolución sufrida por el sistema, la venganza privada, el talión o la composición voluntaria.

1. *INIURIA. Acciones que se consideran lesiones corporales*

a. *INIURIA lo que no se hace con derecho*⁴

La *iniuria* en un sentido amplio y general, es un término expresivo de la antijuridicidad de un acto, cualquiera que este sea, de lo que no se hace con derecho. Toda infracción del ordenamiento jurídico, todo acto antijurídico.⁵ De acuerdo con su etimología, *iniuria* es todo lo que no se hace conforme a derecho, “*quod non iure fit*”.

Morales Payán, Miguel Ángel, se muestra partidario de considerar la posibilidad de que los “legisladores decenvirales se plantearan cómo definir y reprimir el nocivo y relativamente frecuente hecho de producirse atentados o acciones contra el cuerpo humano, contra su integridad física. Estos legisladores no encontraron ningún término adecuado, único y global, que consiguiera expresar el conjunto de acciones a través de las cuales podría cometerse esta acción ilícita, dado que las posibilidades eran muy amplias. Ante esta situación, optaron por considerar varias situaciones distintas, concretamente tres, agrupándolas según su gravedad”,⁶ constituyendo: a) *membrum ruptum*, que refiere la ruptura de un miembro, a la separación traumática del mismo, a la mutilación. Se trata de la extracción de un miembro principal del cuerpo humano, la inutilización de un miembro o un órgano resulta el caso más grave dentro de las ofensas a la integridad física. Si nos fijamos en la penalidad, es el supuesto de agresiones corporales más repellido socialmente, por cuanto si no hay pacto se aplicará la ley del talión. b) los casos graves, “pero sólo aquellos que no daban lugar a esa situación irreversible, sino a la que podríamos llamar viable, previa cura, reposo, descansos o vigilancia médica y c) la *iniuria*, que comprende, al resto de ataques

⁴ De modo general se dice injuria a todo lo que no se hace con derecho: especialmente es otra la contumelia; es otra la culpa; tal como en la Ley Aquilia es entendido el daño por injuria. En Montemayor Aceves, Martha Elena (trad.), *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filológicas-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 7-8; Nicolliello, Nelson, *Diccionario del Latín Jurídico*, España, J.M. Bosch y Julio César Faira editor, 1999, p. 141.

⁵ D.47,10,1.

⁶ Morales Payán, Miguel Ángel, “*De la injuria a las conductas lesivas de la integridad física y la salud*”, Tesis Doctoral, España, Universidad de Almería, 1995, p. 11.

al cuerpo humano que, al compararlos con los anteriores, se calificaban de leves, de insignificantes. Merecen, pues, cierta reprobación de la sociedad y de la autoridad, cierta llamada de atención, pero no más. Lo que provocaría su escasa penalidad. Cabría incluir aquí el hecho de golpear, dar bofetadas, de producir lesiones o ataques, en definitiva, superficiales”.⁷

b. *INIURIA, ofensas*

El término *iniuria* acabó por abarcar cualquier lesión corporal que se produzca al cuerpo, a la dignidad o a la honestidad.

Las Instituciones de Gayo⁸ señalan que la injuria se puede cometer de muy diversos modos no sólo cuando alguien golpea⁹ con el puño o con un palo, o cuando azota, sino también cuando se insulta,¹⁰ o se utilizan libelos difamatorios,¹¹ o se persigue a una mujer honrada o adolescente.¹²

Las *Sentencias* de Paulo¹³ dividen la *iniuria* en corporal: *verberibus (et illatione stupri)* y extracorporal: *conuiciis et famosius libellis*.

⁷ *Ibidem*, pp. 11 y ss.

⁸ Di Pietro, Alfredo (trad.), *Institutas de Gayo, texto traducido, notas e introducción*, 4ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot, 1993, p. 823.

⁹ Se causa injuria al cuerpo cuando alguien es golpeado. *Sentencias de Paulo. Título IV. Sobre las Injurias*. En este título podemos dividir el tema en dos apartados. El primero de ellos es el relativo a los actos que se consideran como injurias. Los azotes, el estupro, la seducción los libelos difamatorios, las ofensas verbales, las maldiciones. “Calificando además a las injuria como un tipo de ofensa atroz, tomando en cuenta, ¿cómo?, ¿dónde?, ¿cuándo? y ¿contra quién se comete? Y que las penas impuestas a los infractores comprenden desde la tacha con nota de infamia, el trabajo público, el exilio o la pena capital y en un segundo apartado se menciona la acción de injurias. Así lo expresa con un profundo conocimiento del tema Fuentes González, María de las Mercedes, *El libro V de las Sentencias de Julio Paulo y su Interpretatio, Introducción, Traducción Notas e Índice*, tesis de maestría en Letras Clásicas, México D.F., UNAM-Facultad de Filosofía y Letras, 2006, p. XIV.

¹⁰ La *contumelia* era un insulto. Estaba considerada en el género de la injuria aunque indefinida.

¹¹ De acuerdo con la *Lex Cornelia* el castigo era infringido a otra persona que escribiera, compusiera o editara el pasquín —*libelus famosus*— aunque la publicación fuera hecha bajo otro nombre o anónimamente.

¹² *Instituta de Gayo* “Comentario Tercero”, título XXI, párrafo 220. Di Pietro, Alfredo (trad.), *op. cit.*.

¹³ El libro V de las *Sentencias de Paulo* está integrado por un total de 273 sentencias, distribuidas en forma desigual en cuarenta y dos títulos. En el libro V los títulos que corresponden al orden edictal abarcan desde el título I hasta el VI y a partir del VII sobre las obligaciones al XI sobre las donaciones esta correspondencia se pierde. Estos once primeros títulos hacen referencia al derecho privado. Véase Fuentes González, María de las Mercedes, *op. cit.*, p. XI.

Puede verse que existe una ampliación del concepto la injuria es toda ofensa inferida al cuerpo, a la dignidad o se refiere a la infamia. Así, considera que se le hace al cuerpo, cuando alguien es golpeado. A la dignidad, cuando a una matrona se le quita su acompañante. Y a la infamia, cuando se atenta contra la honestidad.¹⁴

Consecuentemente, aunque se incluyen todas las acciones voluntarias realizadas contra el cuerpo de un hombre, se ha pasado de la primitiva y exclusiva lesión corporal —de infligir un daño físico que otorga al que lo sufre un derecho a devolver un daño igual al causante de la lesión, expresión clara de una mentalidad ruda, incapaz de abrigar otros principios de justicia— a un concepto de *iniuria* de gran alcance, de carácter fundamentalmente casuístico, lo que determinará que Gayo, después de enunciar varios casos de *iniuria*, añada “y finalmente muchas otras maneras”.¹⁵

Con la promulgación de la *Lex Aquilia* sujetos pasivos del delito de *iniuria*¹⁶ podían serlo únicamente las personas libres. Para los esclavos la norma y, por tanto, la consideración de la acción delictiva, es distinta: *el damnum iniuria datum*.¹⁷ Este plebiscito está conservado casi en su totalidad; recoge a lo largo de sus tres capítulos los casos de daños causados en las cosas de propiedad ajena. La aparición de la *Lex Aquilia* supuso una muy importante novedad en el mundo jurídico, pues vino a determinar que el acto dañoso debía haber sido cometido *injustamente* —*iniuria*—. En el largo camino de ampliación del concepto *iniuria* la jurisprudencia extendió la norma del tercer capítulo de la *Lex Aquilia damnum* no sólo a aquellos supuestos en los que existía un contacto corporal directo, sino a otros hechos en los que el daño se causaba sin que existiera ese *damnum corpore datum*, como era el ejemplo que nos ocupa. En la etapa anterior, el objeto y el sujeto pasivo coincidían, en cuanto que ambos recaían sobre la persona humana, independientemente de que ésta tuviese la condición de esclavo o no. Únicamente, en este último caso, existía una menor penalidad para el autor de las lesiones. En

¹⁴ Mommsen, Teodoro, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1991, p. 486.

¹⁵ Di Pietro, Alfredo (trad.), *op. cit.*, p. 823.

¹⁶ “A este respecto Amelia Castresana precisa que el “término *iniuria* coincide en una primera aproximación con valores como: injusticia, daño, violación del derecho, detrimento, posteriormente su composición admite el ser entendida como injustificadamente, sin razón, Sin embargo *iniuria* es también la injusticia del resultado que viola expectativas legítimas o derechos “. *Cfr.* Castresana, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 18-21. También Di Pietro, Alfredo “El problema de la culpa y de los riesgos en la responsabilidad extracontractual”, en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Italia, Mucchi editore, núm. 10/2000, pp. 63-93.

¹⁷ Castresana, Amelia, *op. cit.*, pp. 18-21.

cambio, ahora se ha de tener en cuenta, especialmente, el capítulo tres de este plebiscito, que recoge toda clase de daños no incluidos en el capítulo primero, o sea, los causados a un esclavo, dado que éste recibe la consideración de cosa. Serían los supuestos de:

1. *Occidere*. Acción de matar realizada sobre el *corpus* afectado y destruido.¹⁸ En el origen exigía la acción material de golpear hasta la muerte y, por ello, la intervención de la violencia y el contacto físico entre el agresor o el instrumento mortífero manejado a voluntad de aquél, y la víctima. Sin embargo, las otras variantes semánticas del término *occidere* atenuaban la necesidad de contacto físico, e incluso prescindir de la materialidad de la acción violenta que causa la muerte. Se trataba, nos dice la especialista Amelia Castresana, de reconocer valor jurídico a ese resultado —muerte.

2. *Urere, quemar*.

3. *Frangere, romper*.

4. *Rumpere*, corromper. La lectura del término *rumpere* con el valor *corrumperere* significa en primer lugar la apreciación del *damnum* aquiliano en acciones no directamente destructivas de cosas sino, más bien, dirigidas a producir el menoscabo o deterioro de las mismas mediante intervención de sus elementos esenciales.¹⁹

No se busca tanto el castigo del autor de la lesión, cuanto de restaurar el daño causado.²⁰ El concepto de personalidad es objeto de una interpretación restrictiva en comparación con la consideración heredada de la Ley de las XII Tablas. Desde la óptica de las *injurias* sólo se tiene en cuenta al esclavo en tanto se sobrentiende que a través de él se ofende al dueño, tiene la condición de objeto del delito.

En el año 81 a.C. Sila promulgó una *Lex Cornelia de Iniuriis*, con la finalidad de poder solicitar la persecución civil por un lado, y la criminal por

¹⁸ Véase también Castresana, Amelia, “La responsabilidad aquiliana: Bases históricas para una construcción jurídica actual en derecho civil y romano”, en *Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 296.

¹⁹ Castresana, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana...*, cit., 2001, pp. 33 y 34. También Id., “La responsabilidad aquiliana: Bases históricas para una construcción jurídica actual en derecho civil y romano”..., cit., p. 298.

²⁰ Es justamente el mismo espíritu de nuestro trabajo, la reparación del daño causado a la integridad física, aunque como veremos a lo largo del desarrollo del mismo, el castigo parece seguir muy de cerca al autor de las lesiones corporales en el ámbito de la indemnización. Situación que pasa cada vez menos desapercibida por los especialistas en derecho de daños. A pesar de no ser está la esencia y la finalidad de la responsabilidad civil.

otro, y así lograr lo que cada una de ellas concede, la estimación y la pena, respectivamente. En nuestra legislación existen varios criterios respecto de la relación entre la acción civil indemnizatoria y la penal, que lleva erróneamente a considerar como responsabilidad civil proveniente del delito.

El segundo elemento de reflexión es, *que no compete ciertamente la acción de injurias...*

Esta *actio* tenía carácter unitario, la debía intentar el particular para exigir la responsabilidad, ya que el Estado se desentendía de la iniciativa en la represión de estos delitos, a su vez esta acción pretoria se tenía que interponer dentro del plazo máximo de un año, el pretor permitía que el ofendido estimara el monto de la *iniuria* y el juez condenaba a la pena que considerase *in bonum et aequum*, por el monto pedido por el demandante o por uno menor. Si se trataba de una injuria grave o atroz, el pretor fijaba la *taxatio* y el juez no se atrevía a disminuir el monto fijado por respeto a la autoridad del magistrado.

El tercer elemento de reflexión es, *porque no le había dado el golpe para inferirle injuria, sino con objeto de reprenderle y de enseñarle; acaso, procede la de arrendamiento... porque al que enseña le es permitido tan solo un leve castigo.*²¹

La afirmación se sustenta en los requisitos de procedencia, pues el término *iniuria*, establecía el requisito de que la conducta dañosa fuera injustificada, D.19,2,13,4. *Asimismo escribió Juliano en el libro octogésimo sexto del Digesto, que si un zapatero hubiere dado a un aprendiz, que no lo hacía muy bien, un golpe en la cerviz con la horma del zapato, con tanta vehemencia que le saltase un ojo, ... porque aunque se haya concedido a los maestros la leve corrección, sin embargo, éste no guardó moderación; Paulo, D.9,2,6: Porque la demasiada crueldad de un preceptor se considera como culpa.* Pues la injuria consiste en la intención de quien la profiere.

El cuarto elemento de reflexión es, *lo relativo a las acciones acaso, procede la de arrendamiento... porque al que enseña le es permitido tan solo un leve castigo.*

Para la procedencia de la *locatio conductio operari*²¹ el conductor, ha de confectionar, reparar, y para ello puede servirse de terceras personas, de manera que será responsable de la impericia y habrá de responder de los daños causados por la falta de aptitud para realizar la actividad conferida.

Ulpiano, D.9,2,7 pr: Por cuya acción dice que habrá de conseguir el padre lo que por el trabajo de su hijo haya de percibir de menos por causa del ojo inutilizado y de los gastos que hubiere hecho para su curación.

²¹ Guillamón Lázaro, Carmen, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el contrato de arrendamiento, del derecho romano al derecho histórico valenciano*, Madrid, Dykinson, pp. 13-24.

*Finalmente ¿Es la acción de la ley Aquilia, la que ha de usarse contra el maestro zapatero?*²²

Respuesta

¿Si es la acción de la ley Aquilia, la que procede, o no? La acción de la ley Aquilia es la que procede. Ahora bien, esta ley es un plebiscito del año 286 a.C., que crea una acción de daño injusto, que se concede contra el que hubiese matado injustamente al esclavo ajeno, o causado, daños a un cuadrúpedo de cualquier clase de ganado o en las cosas de otra persona. La acción de la ley Aquilia es una acción penal que comprendía la indemnización del daño injustamente causado y una pena por haberlo causado. Hemos de enfatizar, que la acción de la ley Aquilia se extendió a diversos supuestos, lo cual fue posible mediante el otorgamiento de la acción útil por parte del pretor. Cuando el daño consistía en una lesión a un hombre libre, en principio, no procedía la ley Aquilia, pues se trataba de una ofensa personal, y la ley Aquilia era para daño patrimonial, por lo que tratándose de una ofensa personal, la acción de injurias, era la procedente, sin embargo, dado que la cantidad obtenida mediante esta ley por concepto de la ofensa personal era insignificante, el pretor otorgó una acción útil, con la que obtenía una reparación más satisfactoria.

III. RECEPCIÓN DEL DAÑO CORPORAL EN EL CÓDIGO CIVIL MEXICANO

Cuando se hace referencia al daño, se piensa principalmente en molestia, dolor, pérdida, detrimento, y si a él se agrega el término “corporal” se acentúa la idea de menoscabo o destrucción que padece el cuerpo humano causado por una herida o golpe. Esa herida, a la que se ve expuesto el cuerpo humano, ocasiona un daño que puede repercutir en el normal funcionamiento del organismo o en su composición, y ello producirá consecuencias que pueden llamar la atención del derecho y configurando lo que se conoce como un daño jurídicamente relevante no sólo por haber lesionado el cuerpo humano, sino y sobre todo por las circunstancias unidas a él.²³

²² Este ejemplo se plantea por el Dr. Adame Goddard, Jorge, *Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos*, México, UNAM-IIIJ, 2013, el cual enumera como caso 28, en p. 35.

²³ Fisher. H. A. explica claramente este punto al señalar que “aunque se destruya o deteriore una cosa, si no hay un sujeto interesado a quien afecte el perjuicio, no puede decirse, por el derecho, que exista daño” *Cfr.* su obra *los daños civiles y su reparación*, traducida por W. Rocés, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, p. 12.

En este sentido, el panorama jurídico se encuentra dividido, por una parte las legislaciones que contemplaban dentro de sus ordenamientos disposiciones en donde se vislumbra, la reparación del daño como cláusula general, abierta a la prueba de su existencia. Tal es el caso de Chile, Perú, Argentina, Costa Rica, Puerto Rico, República Dominicana, España, Francia, Portugal y México.²⁴ Otras establecen dentro de sus disposiciones categorías de daños; dentro de las que especifican los daños sufridos por las personas en sí mismas, tal es el caso de Alemania, que diferencia entre daño al cuerpo y daño a la salud. o bien, legislaciones en las que debido a ciertas limitaciones precisan crear una categoría que reconozca el daño a la persona en sí misma, es el caso de Italia,²⁵ que reconoce la indemnización de daños patrimoniales, vía el artículo 2043, pero restringe la indemnización de daños no patrimoniales a determinados supuestos permitidos por la Ley, vía el artículo 2059, así, la realidad italiana presenta una situación particular, al encontrarse limitada la posibilidad de conceder una indemnización por lesión de daños no patrimoniales que no sean delitos.

Por lo que respecta al Código Civil Federal, en México se tiene una cláusula abierta²⁶

Libro cuarto. De las obligaciones

Capítulo V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos

²⁴ Los países que se señalan son sólo ejemplos que no obedecen más que a ese fin. A pesar de que si nos parecían referencia obligada tres de ellos, Alemania, Francia e Italia, por el tratamiento que en sus legislaciones hacen del daño corporal.

²⁵ Cannavó G. Mastroberto, L., “Valoración y reparación del daño corporal en Italia”, en Cesar Borobia Fernández, Elsevier (coord.), *Valoración del daño corporal*, España, Masson, 2006, pp. 491-504. Sin embargo, existe dentro de la doctrina italiana quienes opinan a diferencia de lo que sostenemos en el epígrafe C, que el ordenamiento italiano se funda sobre el principio de la atipicidad porque, el artículo 2043 expone que se trata de cualquier daño. Lo que hace que se configure, de acuerdo a dicha norma una serie potencialmente infinita de hechos ilícitos. *Cfr.* “La tesis de la atipicidad del ilícito” en Rozo Sordini, Paolo Emanuele, *El daño biológico*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 37.

²⁶ También en los Códigos Civiles de Aguascalientes, artículo 1784; Baja California, artículo 1788; Baja California Sur, artículo 1815; Campeche, artículo 1805; Chiapas, artículo 1886; Chihuahua, artículo 1795; Colima, artículo 1801; Distrito Federal, artículo 1910; Durango, artículo 1794; Guanajuato artículo 1399; Guerrero, artículo 1735; Hidalgo, artículo 1894; México, artículo 7.145; Morelos, artículo 1342; Nayarit, artículo 1283; Nuevo León, artículo 1807; Oaxaca, artículo 1782; Puebla, artículo 1960; Querétaro, artículo 1790; San Luis Potosí, artículo 1746; Sinaloa, artículo 1794; Sonora, artículo 2081; Tabasco, artículo 2024; Tamaulipas, artículo 1397; Tlaxcala, artículo 1375; Veracruz, artículo 1843; Zacatecas, artículos 1194 y 1195.

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente²⁷ o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

El capítulo comienza destacando que se refiere a las obligaciones que surgen como consecuencia de actos ilícitos. Esto llama la atención, sobre todo porque, se ha sostenido que la antijuridicidad no debe ser considerada como un elemento que configure o que dote de sentido al daño para efectos de su reparación. Desde el momento en que la responsabilidad puede surgir como consecuencia de la realización de conductas lícitas, resulta innecesaria la referencia a la antijuridicidad como característica del daño indemnizable. En este sentido, señalan,²⁸ Alterini, Ameal y López Cabana como se diluye el requisito de la antijuridicidad dentro de una moderna tendencia en la responsabilidad civil. De la misma forma, no se puede desconocer que hay casos en que el resarcimiento no responde a daño ilícito. Pero actualmente los juristas se encuentran afectados por el peso de la tradición, que los lleva necesariamente a relacionar correlativamente ambos conceptos. Sin embargo, poco a poco se están dando cuenta de que el resarcimiento aparece relacionado no sólo con conductas ilícitas, sino también por actos lícitos.²⁹

²⁷ El ilícito como violación de un deber jurídico fundamental se encuentra expreso en los ordenamientos Chileno, Portugués, Alemán e Italiano y Mexicano. En el Código Civil Federal Mexicano se estudia el hecho ilícito en dos partes, el capítulo en comento, regula la responsabilidad extracontractual, en tanto no se precisa de la existencia de una relación jurídica previa, y comprende de los artículos 1910 a 1934. Mientras que la responsabilidad contractual se encuentra regulada bajo el título cuarto denominado “de los efectos de las obligaciones entre las partes. Incumplimiento de las Obligaciones”, que abarca del artículo 2104 al 2118, ambos derivan de un hecho jurídico y de una conducta culpable ya sea intencional o por negligencia. Así se puede definir al hecho ilícito como “toda conducta humana culpable.” En este sentido véase Gutiérrez y González, Ernesto, *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, México, Porrúa, 1999, pp. 36-53.

²⁸ Alterini, Atilio, Ameal, Óscar y López Cabana, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 150. En un fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, recordando que: “el presupuesto básico para que se configure la responsabilidad del Estado por su accionar lícito, consiste en que dicho obrar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida” (del voto de los doctores Boggiano y Petracchi). C. S., 15 de agosto de 1995, Revestek S. A., Banco Central de la República Argentina y otros.

²⁹ La doctrina alemana que ha sido de gran influencia en códigos como el italiano. Precisamente ha puntualizado que “puede hablarse de antijuridicidad, cuando se ha verificado un daño, esto es, el evento dañoso es por sí mismo suficiente para admitir la antijuridicidad. Sin embargo, en opiniones más recientes la doctrina considera que no todas las conductas que provocan daños son antijurídicas, sino que se necesita examinar caso por caso si la antijuridi-

No obstante, el argumento que se esgrime para su inclusión es “que cuando aparece el calificativo de ilícito respecto de una conducta, ésta resulta dañosa en contra de un particular y por lo tanto, trae como consecuencia el nacimiento de la obligación a cargo del autor del acto de reparar el daño causado”.³⁰ Por lo el ilícito civil juega un papel de vital importancia sobre los efectos de la voluntad de las partes, efectos que, o no se producen, o se producen y no son queridos, como sería: “la obligación de reparar el daño causado”.³¹

En el supuesto de la conducta dañosa, el dato decisivo para que nazca la obligación de reparar se presenta en la culpa, el dolo o el riesgo, en tanto criterios de imputación. En la búsqueda de la conducta jurídicamente reprochable, se puede observar que la conducta es ilícita en la medida en que constituye una violación del deber jurídico fundamental, que no es otro que la sujeción de los miembros de un grupo al orden jurídico. La conducta humana que el derecho reprueba es aquella que perturba el orden social y lo trastorna. El individuo que realiza la conducta ilícita no acata las bases de toda convivencia humana.

Sin embargo, este elemento no es necesariamente determinante para establecer un daño como indemnizable y lograr la reacción del orden jurídico que es, para el caso que nos ocupa, restitutoria o reparadora del daño causado a través de la responsabilidad civil.

En tal sentido, el artículo 1915: “La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

ciudad subsiste”. Cfr. Rozo Sordini, Paolo Emanuele, *El daño biológico*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, cita 30, p. 31.

³⁰ Galindo Garfias, Ignacio, “El ilícito civil”, en *Estudios de derecho civil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 51.

³¹ Brebbia, Roberto H., “La responsabilidad extracontractual en el Proyecto de Unificación del Derecho Privado en América Latina”, en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Italia, Mucchi editore, núm. 10/2000, pp. 39-41.

El daño corporal emerge como un detrimento a la integridad psicossomática del indiuo, de un perjuicio a la salud que compromete el bienestar integral de la persona. Es un daño *directo y cierto* en tanto que el detrimento *se causa en la persona de la víctima*. Sin embargo, es importante realizar la siguiente precisión, el daño, generalmente, es cierto en cuanto a su existencia, pero también, en el futuro una lesión corporal puede gozar de esa característica de certeza, observando ciertas singularidades, como la de su permanencia en el tiempo, una secuela permanente exigirá unos gastos que *se saben con seguridad* —tratamiento médico— pero que son futuros.

Ahora bien, si la manifestación del daño corporal es *la lesión*, al aparecer esa lesión, impacta la integridad física de la persona, vulnerando su salud, pero además, produce efectos de muy diversa naturaleza —el *damnum emergens*, el *lucrum cesans* y el daño moral— y que no deben confundirse con el daño corporal en sí.

De manera que si el maestro zapatero le dio un golpe en la cerviz con la horma de un zapato, de tal suerte que a un niño le vació un ojo ha de responder del daño corporal, lo que significa que deberá tomarse como referencia la Ley Federal del Trabajo, Título Noveno, relativo a los Riesgos de Trabajo, tabla de evaluación de las incapacidades permanentes resultante de los riesgos de trabajo, para convertir el concepto dañoso, en un concepto indemnizatorio, es decir, la cuantificación del daño. Pero también habrá que tomarse en cuenta los gastos médicos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos, traslados, ayudas técnicas. Nuestra legislación presume la existencia de daño moral al producirse un daño corporal, de manera que, el juzgador tomando en cuenta la lesión, situación económica del causante del daño y la de la víctima establezca a cuánto asciende el daño moral del menor, entendido como el padecimiento infringido a la esfera espiritual a los que se ve sometida una persona como consecuencia de las lesiones. Sus elementos son los siguientes: un daño, consistente en la alteración de los estados del espíritu³² y la concreción de ese daño, concreción que se manifiesta en la aparición de ansiedad, angustia, inquietud, temor, incertidumbre.

Pero además habrá de responder el maestro del daño causado a los padres o tutores o de las personas unidas al menor por sentimientos de afecto, debido al impacto que les ha producido el daño sufrido por el menor.

³² Cfr. Vicente Domingo, Elena, “El daño”, en Reglero Campos, L. Fernando (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Aranzadi A Thomson Company, 2002, pp. 238-243. Así como también *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Barcelona, José María Bosch, 1994, p. 351.

Todo lo anterior surge bajo el presupuesto de responsabilidad por hechos propios, al ser el maestro zapatero el que causa daño al aprendiz al golpearlo en la cerviz con la horma de un zapato, estableciéndose claramente el nexo de causalidad.

Sin embargo, los diversos sistemas de responsabilidad civil también contemplan la responsabilidad por hechos ajenos y aunque el caso planteado en el Digesto no llega más allá, podría suceder que el maestro zapatero, tuviera que responder por el trabajo realizado por el aprendiz, pues el criterio de imputación sería *culpa in eligendo*, al haber sido descuidado al elegir al aprendiz que no poseía las habilidades para realizar el oficio.

Conviene al efecto traer a mención el artículo 1923. “Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. En este caso se aplicará también lo dispuesto en el artículo anterior.”

(“El Derecho Romano, y especialmente el de época clásica, sirve como medio para juzgar y valorar el derecho vigente”).³³

El derecho mexicano en materia de responsabilidad civil tiene dos grandes debilidades, la primera de ellas es de dispersión y técnica legislativa, pues contempla dos regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual con diferencias importantes como los plazos de prescripción, y la forma de reparar el daño.

Por lo que se refiere a las decisiones judiciales se observa la incorporación de los *punitive damages* en las indemnizaciones, que en concepto de resarcimiento, ha de cubrir el responsable del mismo, bajo el argumento de evitar que la conducta se vuelva a producir, por tratarse de un monto ejemplar y disuasorio.

Maita Naveira Zarra, afirma “que fue la remota separación entre responsabilidad civil y responsabilidad penal la que originó en los países de tradición jurídica romanista la unánime convicción acerca del fin exclusivamente reparador que la responsabilidad está llamada a desempeñar y conforme a la cual la pretensión única de la institución es reponer al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber acontecido el hecho dañoso”.³⁴

³³ Adame Goddard, Jorge, “El derecho de propiedad en el derecho mexicano examinado a la luz del derecho romano clásico” en Cuevas Gayosso, José Luis (coord.), *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 1.

³⁴ Naveira Zarra, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2006, p. 285.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, Jorge, *Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos*, México, UNAM - IJ, 2013.
- ADAME GODDARD, Jorge, *El derecho de propiedad en el derecho mexicano examinado a la luz del derecho romano clásico en Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.
- ALTERINI, Atilio, Óscar Ameal y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- BREBBIA, Roberto. H., "La responsabilidad extracontractual en el Proyecto de Unificación del Derecho Privado en América Latina, en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi editore, núm. 10/2000,
- CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Salamanca, ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- CASTRESANA, Amelia, "La responsabilidad aquiliana: Bases históricas para una construcción jurídica actual en derecho civil y romano", en *Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- CANNAVÓ G. MASTROROBERTO, L., "Valoración y reparación del daño corporal en Italia", en BOROBIA FERNÁNDEZ, Cesar (coord.), *Valoración del daño corporal*, España, Masson, 2006.
- DI PIETRO, Alfredo, "El problema de la culpa y de los riesgos en la responsabilidad extracontractual", en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi editore, núm. 10/2000.
- DI PIETRO, Alfredo (trad.), *Institutas de Gayo*, texto traducido, notas e introducción, 4ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot, 1993.
- FISHER, H. A., *Los daños civiles y su reparación*, traducida por W. Roces, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928.
- FUENTES GONZÁLEZ, María de las Mercedes, *El libro V de las Sentencias e Julio Paulo y su Interpretatio, Introducción, Traducción Notas e Índice*, tesis de maestría en Letras Clásicas, México, UNAM-Facultad de Filosofía y Letras, 2006. p. XIV.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, "El ilícito civil", *Estudios de derecho civil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- GUILLAMÓN LÁZARO, Carmen, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual*

- y extracontractual en el contrato de arrendamiento, del derecho romano al derecho histórico valenciano*, Madrid, Dykinson, 2010.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, México, Porrúa, 1999.
- MOMMSEN, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Bogotá, Temis, 1991.
- MONTEMAYOR ACEVES, Martha Elena (trad.), *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filológicas-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- MORALES PAYÁN, Miguel Ángel, *De la injuria a las conductas lesivas de la integridad física y la salud*, tesis doctoral, España, Universidad de Almería, 1995.
- NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2006.
- NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del Latín Jurídico*, España, J.M Bosch y Julio César Faira editor, 1999.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar, *Casuismo y jurisprudencia romana*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2012.
- ROZO SORDINI, Paolo Emanuele, *El daño biológico*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- STEIN, Peter, *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, traducción de César Hornero y Armando Romanos, Madrid, Siglo XXI, 2001.

D.9,2,27,14 Y EL ALCANCE DE LA TUTELA AQUILIANA

Horacio HEREDIA VÁZQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Presentación*. III. *Problemas textuales*. IV. *Situación palingenética*. V. *El sentido*. VI. *La problemática de la legitimación activa*. VII. *El interdicto*. VIII. *Soluciones a la legitimación activa. A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se hace una revisión exegética del fragmento D.9,2,27,14, correspondiente al libro 18 *al Edicto* de Ulpiano. Se examina la problemática textual y jurídica, así como la literatura que se ha ocupado de este conflictivo fragmento y se ofrece una solución conciliatoria, según las modernas teorías.

II. PRESENTACIÓN

D.9,2,27,14 (Ulp. 18 *ad ed.*) *Et ideo celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinare, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.*

La problemática del pasaje es enredada. El libro 18 *al Edicto*¹ de Ulpiano se ocupaba de la *lex Aquilia*. El fragmento en examen pasó naturalmente al

¹ Según la conjetura de Tony Honoré, *Ulpian, Pioneer of the Human Rights*, 2nd ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2002, pp. 7 y 158, el libro 18 *al Edicto* de Ulpiano habría

Digesto en el libro 9 y título 2; concretamente en la ley 27, donde se realiza la interpretación jurisprudencial de los términos del capítulo III de la *lex Aquilia*, i.e. la triada *urere, frangere, rumpere*. Sobre este último verbo se presenta la interpretación por obra de la jurisprudencia extensiva de *rumpere* como *corrumpere*. Esto es lo que da paso al párrafo aquí analizado, el § 14. En este orden de ideas, el sentido contextual que buscaron los compiladores al insertar este párrafo dentro de este fragmento, es explicar o abundar en cómo *rumpere* se amplió hacia *corrumpere*.² Cuál fue la intención de Ulpiano, cuál la de Celso, al plantear este problema, es un asunto distinto.

El fragmento, tal como ha llegado, presenta numerosas dificultades. En virtud de su relevancia, considero que una minuciosa revisión de éste es necesaria, para lo cual será necesario plantear un esquema donde se analicen diversos niveles.

III. PROBLEMAS TEXTUALES

Para comenzar es importante determinar los problemas textuales que presenta el fragmento. D.9,2,27,14 presenta dificultades de diverso orden. En el fragmento Ulpiano cita a Celso.³ No es extraño. En su obra general, Ulpiano cita 59 veces a Celso, haciendo mención de 39 libros. Concretamente, y como ya muchos han advertido, es especialmente citado respecto de la ley Aquilia. En cuanto al estilo, en Celso es frecuente el uso de la *percontatio*, esto es de simular un interrogatorio, al estilo “*quaero, quaesitum est... respondit*”, pero faltaría en este caso el segundo miembro, el “*respondit*”. Otros pasajes similares, tanto de citación directa como indirecta, preservan la estructura mencionada, lo cual revela no una construcción intuitiva, sino deliberada, que además establece

sido compuesto en el período de Caracalla, en algún momento posterior al año 213: “*They were in the main composed under Caracalla’s sole rule (211–7) as the references to joint constitutions of him (imperator noster), (imperator Antoninus) and his dead but deified father (divus pater), (divus Severus) make clear*” (p. 7).

² Sobre el desarrollo y alcance de esta distinción terminológica, véase Schipani, Sandro, *Contributi Romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Col. Studi su origini ed Attualità del Sistema Romano 4, Torino, Giappichell, 2009, pp. 48-51.

³ “*Because he often cites other jurists, one gets the impression that Ulpian was trying to make the older literature superfluous; if that is the case, then he was certainly successful, for the compilers of Justinian’s Digest used his work more than the work of any other jurist; almost half of the Digest (41.56 per cent, to be precise) is made up of fragments from Ulpian’s work.*” Olga Tellengen-Couperus, *A Short History of Roman Law*, London, Routledge, First published in Dutch in 1990 by Kluwer, 2003, p. 105.

un curso lógico del razonamiento.⁴ La misma oración en su estructura, además, presenta una estructura un tanto extraña (*quaerit*+infinitivo+acusativo). Esto ha dado lugar a sospechas múltiples de manipulación e interpolación.⁵ Así, *quaerit* entendido como preguntar, que parecería ser la más ajustada acepción, se topa sin embargo con esta construcción, que se fuerza hacia ‘buscar’, ‘tender’, ‘investigar’.⁶ Falta, pues, en todo caso, la pregunta como tal.⁷

⁴ Sigo de cerca en este párrafo las anotaciones elaboradas en torno al estilo general de Celso por Parra Martín, María Dolores, *La argumentación retórica en Juvencio Celso*, España, Dykinson, 2005, pp. 212-214.

⁵ El índice de Interpolaciones (*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* = I. Itp.) considera un vasto número de sospechas de interpolación. a) Un grupo hace señalamiento en general, tales Lenel, Rotondi, Jörs, Stella Maranca. b) Besseler considera interpolados los pasajes: [*aut avenam*]; [*tu inquinare* – *sed et*] c) Bonfante, a su vez, juzga que la interpolación abarca: [*non solum – sed et*] d) Levy Konk, en cambio, establece correcciones: <*an legis aquilia actione teneraris. Et ait*>; *factum <esse>* e) Pacchioni, por su parte, establece una más amplia interpolación que abarcaría: [*sed et – fin*] f) Kr anota [*agendum – inquietet*] g) De Medio, con Lenel, Patsch, Bonfante, Levy, Beseler, Taubenschlag, señalan [*et si – inquietet*] h) Kann Klagenmehrheit anota [*scilicet – inquietet*] i) Beseler, nuevamente, indica [*ut – habeat*] j) Levy, finalmente, completa de la siguiente manera su anterior sospecha, añadiendo al final: *separatio sit <sed et quod vi aut clam dominum posse agere puto, et si interdicto ante experiatu cavere eum debere amplius non agi>* Las variaciones textuales que presentan los diversos códigos evaluados por Mommsen son varias, pero en rigor no complican la lectura, y más bien son ajustes ortográficos (“*abenam*”, “*inquiet-et-*”, etc.). Las sospechas de remanejamiento del texto son, como se ha señalado, abundantes; algunas concordantes, algunas discordantes.

⁶ Véase, e.g., Grueber, Bernhard Erwin, *The Roman law of damage to property: being a commentary on the title of the digest Ad legem aquilianam (IX.2): with an introduction to the study of the Corpus juris civilis*, Oxford, At the Clarendon Press, 1886. Una traducción semejante se puede ver en *The Civil Law. Including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo*. Trans., ed., and comp. with all accessible systems of jurisprudence ancient and modern By Samuel. P. Scott, A. M., Cincinnati, The Central Trust Company - Executor of the Estate Samuel P. Scott, Deceased Publishers, 1932: S. P. Scott: “Therefore, Celsus makes the inquiry, if you sowed darnel or weeds in the wheat-field of another, the owner of the same can not only institute proceedings under the interdict Quod vi aut clam, (or if the land is leased, the tenant can do so) but he can also bring an action in factum; and if the tenant brings it he must give security that no other proceedings shall be instituted; this, of course, being done in order to prevent the owner from causing further annoyance, for it is one kind of damage to destroy or change something, for the purpose of giving cause for a suit under the Lex Aquilia; and another, when, without changing the substance of the article itself, you mingle something with it, the separation of which would be troublesome”.

⁷ Muy válida estilísticamente, a mi parecer, la reconstrucción que ofrece al final de su trabajo Pampaloni, “Sulla l. 27 § 14, D. ad legem aquilianam 9. 2”, *BIDR*, anno 3, 1890, p.246, que añade “*an legis aquiliae actio sit. Et ait*” Pero denuncias previas de interpolación han dejado el pasaje reducido: “*Et ideo celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinare, an legis aquiliae actio sit. Et ait in factum agendum*”, con lo cual elimina de un tajo “*non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et*”, eliminando el problema de una manera artificial. Sin embargo, se topa con la dificultad de que Albanese, por ejemplo, considera una franca escisión en el pasaje. Celso habría negado la experibilidad.

El segundo problema es el relativo a *segetem*. *Segetes* es sembradío, plantación, mies; por extensión, semilla, y aun fruto, si bien estas dos últimas acepciones son figuradas. El sentido del fragmento varía según se entienda una u otra fórmula, pues de su correcta acepción depende el fundamento de la respuesta.⁸ Otro aspecto relevante, y complicado, concierne a *in factum agendum*. La complicación resulta del gerundivo. La oración parece asimétrica en su sentido, pues ofrecería o bien la posibilidad del interdicto *quod vi aut clam*, y de la acción *in factum*, o bien la posibilidad de aquél y la necesidad de éste. Una posible solución consiste en ver el uso recurrente que tiene la expresión *in factum agendum*. De hecho, en el mismo libro 9, se puede encontrar el D.9,2,11,5, pero en este caso la expresión *in factum agendum* corresponde nítidamente con lo que se esperaría.⁹ Otros casos no son menos claros.¹⁰ Tampoco resulta clara la frase “*et si colonus eam exercuit*”, pues el *eam*, como pronombre en acusativo, no alude a un sustantivo cercano al que reemplace. Faltaría quizá un *actio(nem)*; de otro modo, el *agendum* concuerda con *interdictum*. Un problema deriva también de la solución del segundo período. Celso (?)¹¹ ofrece una disyuntiva, donde aclara que hay dos especies. Por lo que se deduce del texto a) habría una cierta especie de daño (corromper y cambiar la cosa), y en este caso tiene lugar la *lex Aquilia* directa; b) la otra, añadir algo cuya separación es molesta, en cuyo caso, por lógica, no tendría lugar la acción directa sino *in factum*.¹²

IV. SITUACIÓN PALINGENÉTICA

Lenel sitúa los fragmentos antecedentes y los subsecuentes en el orden mismo que tienen en el Digesto (Lenel, *Palingenesia*, t. II, col. 624). Sin embargo, es de notarse que en la reconstrucción de Lenel, el bloque inmediato anterior, se

⁸ De ello depende también el valor y peso que pueden tener las menciones a la acción *in factum* y al interdicto *quod vi aut clam*.

⁹ D.9,2,11,5 (Ulp.18 *ad ed.*) *Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, proculus respondit aquiliae actionem esse: sed iulianus eum demum aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum.*

¹⁰ Otro ejemplo es D.47,2,52,20.

¹¹ Masumeci, por su parte, que señala igualmente la división del pasaje, y atribuye la primera parte a Celso, mientras que la segunda correspondería a Ulpiano. Masumeci, “*Molesta separatio, difficilis separatio*”, *cit.*, p. 824.

¹² Así lo juzga igualmente Albanese, pues es: “*innegabile che Celso, nel nostro frammento doveva negare l’esperibilità normale dell’azione ex cap. III, data la mancata lesione materiale della cosa*”. Bernardo Albanese, “*Studi...*”, *cit.*, p.63.

advierde el *ius controversum*, donde Celso disputa con otros, de preferencia con Próculo. (véase *et. t. I*, coll. 260 y 261).

Hay aspectos que pueden resultar desconcertantes en el contexto del fragmento. Esto podría sugerir no una cadena completa más o menos íntegra, sino desperdigada, de párrafos. No es el propósito de este trabajo convalidar o refutar la reconstrucción conjetural de Lenel sobre esta sección. Señalo simplemente las complejidades contextuales que presenta el fragmento.

Los §§ pr. a 3 se refieren al capítulo 1 de la ley Aquilia; el § 4, al capítulo 2; el § 5 establece el texto del capítulo 3; en lo sucesivo, se analiza el alcance del vocablo *urere*, o sea quemar. En adelante, los casos que sirven de ejemplo aparecen. De una manera natural se establece una vinculación con los §§ anteriores relativos al capítulo 1, se habla en los §§ 6 a 12 de daños ocasionados por fuego; el § 13 habla del sentido de *rumpere* como *corrumpere*; el § 14, que es el aquí tratado, expone un caso bastante complejo donde, para señalar el sentido de corromper, se recurre a un caso donde intervienen el arrendamiento, el interdicto *quod vi aut clam*, probablemente el problema de la adquisición de la propiedad de frutos, la acción aquiliana útil, de la caución de no litigar más, y por extensión, se vincula con la cumulatividad o no de la acción aquilia, la concurrencia activa. El § 15 establece que el vino avinagrado puede entenderse como corrompido; el § 16 refiere que “corrompido” abarca los otros dos vocablos, de lo quemado y lo quebrado, que parecería más natural que antecediera al § 14; el § 17 señala que también corrompe el que hiere, se señala que sólo procede la acción de la ley si se devalúa el bien y se precisa que se puede pedir la acción por los gastos médicos efectuados. Los §§ 19 y 20 retoman problemas de semillas: el § 19 plantea la procedencia de la acción si se arrojasen semillas al río; el § 20 señala que mezclar arena con las semillas da lugar a la acción de la ley.

Existen, dentro de esta cadena continuidades y discontinuidades. Así, el tratamiento del *urere* habla primero del esclavo quemado, luego de arboledas y casas, luego de vecinos e inquilinos, luego de arrendamiento de esclavos horneros, de hornos en paredes medianeras, y al final nuevamente de una casa de campo en arrendamiento. El § 13 establece un punto general de la interpretación jurisprudencial de *rumpere* como *corrumpere*. Otra aseveración general se encuentra en el § 20, que habla de la mezcla de semillas con arena; pero de la mezcla de semillas había ya hablado en el § 14. El § 19 y el § 21 hablan ambos de la pérdida de la cosa por arrojarla al río, pero entre ellas se interpone el ya citado § 20. Reaparece el problema de la adquisición de frutos en el § 25. El problema de una posible lesión que no disminuye sino que aumenta el valor, también reaparece en el § 28. Casos que parecen corresponder también a una intervención interdictal se pueden encontrar en §§ 30 y 31. Los problemas de

interpretación se tratarán más adelante. Sin embargo, señalar las dificultades de inteligencia del texto, corresponden a este apartado.

V. EL SENTIDO

El sentido, sea del pasaje, sea de la ordenación justinianea, se define por su contexto: el significado de *corrumpere* al interno de la *lex Aquilia*. Pero D.9.2.27.14 procede de otro modo: inserta un caso donde al parecer lo relevante es la legitimación activa o no de la *lex Aquilia* (o, mejor, de la *actio in factum*) o del interdicto *quod vi aut clam* a efecto de señalar el alcance del vocablo *corrumpere*: la interpretación de molesta *separatio* como *corrumpere* o no, y el *corrumpere* como un *rumpere*.

La frase que contiene la idea rectora de la oración, *Et ideo Celsus quaerit... non solum quod vi aut clam dominum posse agere uel... colonum, sed et in factum agendum*, se puede entender de distintas maneras. Celso busca... ¿qué busca, qué investiga? Que no sólo pueda ejercitar el interdicto *quod vi aut clam*, sino que deba aplicar la acción *in factum*. En este sentido, el autor (¿Celso? ¿Ulpiano?) busca que no sólo el interdicto, sino la acción *in factum* sean los recursos con que cuentan colono y arrendatario. Según se deja ver, distintas posibilidades existen:¹³ a) que el dueño tenga para sí el interdicto y la acción si el cultivo fuera suyo, y si el fundo es arrendado, que b) el inquilino tenga estos recursos, y c) tiene alguno de ellos la acción de la ley Aquilia.

Las posibilidades señaladas aparecen englobadas en el supuesto, o mejor dicho, aparecen como presupuesto. Para comprender adecuadamente la situación, es necesario determinar cuál es la circunstancia jurídica concreta en que se encuentran los protagonistas. Dicho de otro modo, cuál es el fundamento de la acción de cada uno.

VI. LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Los elementos:

1) La acción es *in factum*. La naturaleza de la acción *in factum* es determinada por diversas circunstancias, si bien aquí en principio es porque, como indica el final del texto, no se cumplen los extremos necesarios del *corrumpere*

¹³ Olga Tellengen-Couperus, "The tenant, the borrower and the lex Aquilia", *cit.*, pp. 423 y s., considera 4, pero al final considera que una de las opciones no es tratada en el texto y fija igualmente en 3 las posibilidades.

para que tuviera lugar la acción de la ley Aquilia: no hay una *mutatio* de la cosa, sino una *molesta separatio*.¹⁴

2) El *colonus* al que se refiere Celso debe determinarse de entre un margen de acepciones más o menos amplio.

Colono es muchas veces referido en el Digesto como el arrendatario de finca rural, contrapuesto al inquilino de casa urbana. Pero el colonato, como es sabido, constituye una situación de servidumbre de un colono, en la cual se mantiene ligado forzosamente a la tierra y establece sus relaciones incluso en dependencia a un *dominium* (respecto, por ejemplo, del *connubium*), y que parecería un tipo especial, prevalente sobre todo en el postclásico.¹⁵ Sin embargo, cuando menos un texto del Digesto, cuya autoría corresponde a Marciano, y referido a un rescripto de Marco Aurelio y Cómodo, habla ya de inquilinos ligados a la tierra.¹⁶ Colonia es también el poblado de enviados de Roma, regidos por su *lex coloniae* y gobernados por los *duoviri iure dicundo*. Por su parte, existe la colonia *partiararia*, o aparcería, que según se considere funciona arrendamiento o sociedad. *Colonus*, en fin, es también usado en lenguaje corriente y en el poético para hablar de campesino o de granjero.¹⁷

De ello depende conocer la situación la *merces*, así como la situación de las legitimaciones. Por cuanto hace a las soluciones que plantea el caso, se puede decir que

1) el dueño tiene la acción *in factum*:

A. naturalmente, por ser el propietario del fundo y por consiguiente, de los frutos aún no recolectados; o bien

B. por los frutos ya recolectados, aunque tendría que acreditar su interés en ello.

2) el dueño tiene el interdicto *quod vi aut clam*:

A. Porque la obra se realiza en su suelo.¹⁸

¹⁴ Cfr. I.4,4,16. *Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit. utiles actiones dari solent... sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alieni contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; D.9,2,33,1. In damnis, quae lego Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

¹⁵ Una completa revisión de fuentes sobre el colonato y que parece ver su origen en la época de los flavios puede encontrarse en Fatas, Guillermo, "Consideraciones sobre el colonato", *Memorias de historia antigua*, núm. 2, 1978, pp. 181-198.

¹⁶ 30,112 pr. (Marc. 6 inst.) *Si quis inquilinos sine praediis quibus adhaerent legaverit, inutile est legatum: sed an aestimatio debeat, ex voluntate defuncti statuendum esse divi Marcus et Commodus rescripserunt.*

¹⁷ Por ejemplo, Cic. *De Orat.* 2.287.8: *cum optimus colonus, parcissimus, modestissimus, frugalissimus esset.*

¹⁸ D.43,24,11,14. *Idem Iulianus scribit interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere.*

B. por que lo adquiere por vía del inquilino¹⁹ según D.43,24,17 (Paul. 69 *ad ed.*)

C. Porque, según D.43,24,12²⁰ lo haga por el posible interés que tenga sea sobre la adquisición de los frutos, sea sobre parte de ellos.

(Esto podría determinar la naturaleza sea de la *merces*, sea del arrendamiento: ¿colonia *partiaría*?, ¿*politio*?)²¹

3) El colono tendría la acción *in factum* sobre los frutos percibidos. En el caso de los frutos no percibidos la situación puede considerarse al menos dudosa. La pérdida de los frutos merecía una casuística detallada, dependiendo de ciertos criterios que habían determinado su ruindad.²²

Otra posible solución sería que, tratándose de colonia *partiaría*, se considere que la propiedad de los frutos se ejerce en común.

4) El colono tiene el interdicto *quod vi aut clam* por D.43,24,11,14 [*supra*], en virtud de su interés²³ en que dicha contaminación no ocurriese, independientemente de la propiedad de los frutos, y *h. t.* 16.²⁴

Por otra parte, D.43,24,12, parecería apuntar hacia el mismo sentido, pero es necesario considerar que los frutos cobrarían substancia una vez separados de la cosa matriz. En cuanto al caso, la problemática del pasaje se

¹⁹ D.43,24,17 (Paul. 69 *ad ed.*) *Interdictum quod vi aut clam per quemvis domino adquiritur, licet per inquilinum.*

²⁰ D.43,24,12 (Ven. 2 *interd.*) *Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit.* Fagnoli, *Studi sulla legittimazione all'interdetto quod vi aut clam*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 51: “la giurisprudenza sottolinea ripetutamente che l'attore deve avere un interesse a che l'*opus vi aut clam* non sia effettuato... In altre parole nella prassi applicativa l'interesse, di cui nel testo edittale non si fa parola, costituisce un necessario requisito per l'utilizzo del rimedio pretorio”.

²¹ Fernández de Buján, “La *deductio mercedis* como forma de ‘garantía’ del conductor”, *RIDA*, núm. 53, 1996, p. 156: “Sabemos que en Roma, el supuesto más frecuente de arriendo de un fundo rústico debió de efectuarse a través de una forma de aparcería, en el que el aparcerero se reparte con el propietario de la tierra, generalmente por mitades, la cosecha obtenida”.

²² D.19,2,15,2 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re orientur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

²³ Según D.19,2,25,6; C.2,3,9.

²⁴ D.43,24,16 pr. (Paul. 67 *ad ed.*) *Competit hoc interdictum etiam his qui non possident, si modo eorum interest.*

abre en diversas líneas: a) Una de ellas corresponde a la situación concreta del dueño del terreno, y si éste puede ejercitar la acción o el interdicto *quod vi aut clam*. b) Otra, si el fundo es arrendado, busca determinar si el colono puede ejercitar igualmente la acción *in factum* o el interdicto. El fundamento para que el dueño tenga la acción es claro: como *dominus*, parecería fuera de discusión que cuenta con la acción. La acción podría ser *in factum* o útil. La acción *in factum/utile*²⁵ tendría que corresponderle, en virtud de que el daño se ocasiona sin provocar lesión al objeto: el *corpore corpori datum*:

Gai. 3,21,9 *Ceterum etiam placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, uelut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necauerit, aut iumentum tam uehementer egerit, ut rumpetur; item si quis alieno seruo persuaserit, ut in arborem ascenderet uel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit et aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. item contra si quis alienum seruum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit, hic quoque corpore suo damnum dedisse eo, quod proiecerit, non difficiliter intellegi potest.*

Pero para determinar de qué es *dominus*, es necesario determinar cuál objeto ha sido lesionado. Si el campo de cultivo o el cultivo en sí. Si se piensa en el campo, no parece muy claro cómo arrojar semillas dañe, deteriore o arruine el valor del campo en sí.²⁶ Si se piensa en los frutos, por fuerza debe pensarse que al menos formalmente le pertenecerían por encontrarse aún arraigados a la tierra, antes de la *perceptio*, según las reglas habituales de adquisición de la propiedad que podrían esperar al colono. Luego entonces, la situación que resulta del párrafo puede resultar ambigua: ¿El fundamento de la acción es el terreno o son los frutos? ¿Tiene la acción sólo uno y el otro la puede ejercer habiéndosela cedido o bien ejercitándola en procuración? Pero considerado esto así, no se entendería cuál es el fundamento de la acción para el colono, pues ni sería *dominus* de los frutos ni mucho menos del campo. ¿Tiene el arrendatario acción *in factum* complementaria de la “aquiliana” en virtud de la relación contractual que tiene con el arrendador por los daños que le ocasiona el tercero? ¿tiene acción *in factum* por una expectativa de derechos reales? Siendo distinto el problema que al parecer tiende a resolver el pasaje

²⁵ La discusión sobre la naturaleza de la acción en cuanto sea *in factum* o útil es larga y compleja. El estudio que ha devenido clásico es el de E. Valiño, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Ed. Universidad de Navarra, 1973.

²⁶ Como se verá más abajo, hay estudiosos que contemplan daños así. Señalo como un asunto de cierta relevancia para algunas teorías, que a decir de Fernández de Buján, los arrendamientos romanos tenían duración promedio de 5 años tratándose de predios rústicos.

en primer lugar (o sea *molesta separatio / corrumpere / rumpere*), la solución que ofrece no clarifica estas dudas. El problema, tal vez derivaría de la caución que debe dar el colono. ¿Cuál fundamento sería el del dueño, si las plantas corrompidas con la adición de la cizaña, serían las mismas por las que a su vez litigaría el colono? Con la propiedad debería transmitirse tal vez la acción. A no ser que, en la propuesta de Corbino, sea como acreedor pignoraticio de la *merces*, de ahí la necesidad de la tutela otorgada sobre los frutos:

D.19,2,24,1 (Paul. 34 *ad ed.*) *Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percipisset.*

D.9,2,30,1 (Paul. 22 *ad ed.*) *Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.*

Tal vez una extensión analógica de la concesión del interdicto. La solución aparece más dudosa. Su interés abarca también el margen de su responsabilidad:

D.19,2,15,2 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Si vis tempestatis calamitosa contigerit, an locator conductor aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriuntur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

VII. EL INTERDICTO

En este punto es elemento fundamental el interdicto. Respecto de éste, si bien parece que el dueño no hubiera podido aplicarlo una vez realizada la cosecha —pues la obra sobre el suelo ya no existiría y el daño se habría transferido—,²⁷ existe un fragmento de Venuleyo en el cual se extiende la asignación del interdicto cuando el interés por el fruto también le corresponde; o sea del interés del dueño en el fruto como tal depende la asignación que se le haga del interdicto. Venuleyo, quizá contemporáneo de Salvio Juliano o de Gayo²⁸ —en todo caso perteneciente a la época de los antoninos ‘*lato sensu*’—,²⁹ anterior a Ulpiano, pudiese aún conservar la opinión transmitida de la escuela sabiniana.³⁰

En mi opinión, la valoración del interdicto es muy valiosa para conocer en qué términos debe entenderse el pasaje. Ahora bien. El interdicto es el *quod vi aut clam*,³¹ que es un interdicto restitutorio. Como medio de protección pretoria, no decidía sobre la propiedad, y en este sentido podía otorgarse al poseedor o al detentador. Es verdad que, perteneciendo primariamente a los poseedores, el arrendador no parecería la primera opción donde recayera:

²⁷ “*The interdictum however is not aplicable unless there is an opus in solo factum as supposed in the above case; it would not lie, for instance, if weeds and teres had been mixed with the corn after it had been already reaped*”. Grueber, Bernard Erwin, *op. cit.*, p. 94.

²⁸ Las dificultades para determinar la identidad de este jurista son varias. Lenel identifica a Venuleyo con Quinto Saturnino (*Pal.*, II, p. 1208, n. 2). Kunkel los diferencia, en cambio, lo mismo que Guarino; Bonfante señala la posibilidad de que sean la misma persona, y así. En torno a estos problemas, con abundante bibliografía y comentarios, puede verse con provecho Fernando Betancourt, *El libro anónimo “De interdictis”*. *Codex Vaticanus Latinus, Número 5766*, Sevilla, 1997, pp. 85 y ss

²⁹ Las dataciones de Kunkel, por ejemplo ponen a Venuleyo entre Antonino Pío y Marco Aurelio, y a Saturnino entre Adriano y Marco Aurelio. Véase Fernando Betancourt, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

³⁰ D.43,24,12 (Ven. 2 *interd.*) *Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit.*

³¹ Álvaro D’Ors, Jorge Adame, Talamanca, Arangio-Ruiz generalizan diciendo que el interdicto *quod vi aut clam* servía para detener o destruir obras (generalmente edificaciones: demoler) realizadas sobre un terreno ajeno. Los autores en general hacen analogías con la *nutiatio operae novae* y con el interdicto demolitorio. En este caso, el de D.9,2,27,14 la demolición sería incomprensible. La interpretación más amplia de Luigi Capogrossi Colognesi, que refiere a lo que se hace en el suelo ajeno, parece más adecuada: “*secondo la tradizionale interpretazione detenne, esso sia stato costantemente ed esclusivamente associato alla tutela contro turbative arretrate ad immobili. L’interdetto quod vi aut clam riguarderebbe dunque essenzialmente opere effettuate in solo.*” Siguiendo a Danneau, señala los casos aplicables: “*Tria sunt, quae soli esse intelliguntur: proinde et totidiem, in quibus si quid factum sit, in solo factum interpretatur, et ad hoc interdictum pertinere. Ea sunt solum ipsum, tum superficies, id est res omnis quae supra faciem eminens solo cohaeret, ut aedificia, arbores. Postremo et locus coeli vacuus qui solo emminet*”. Capogrossi Colognesi, Luigi, “L’interdetto «quod vi aut clam» e il suo ambito di applicazione”, *Index*, núm. 21, 1993, p. 231.

D.43,24,11,12 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Ego, si post in diem additionem factam fundus precario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere. si vero aut nondum traditio facta est aut etiam facta est precarii rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat: ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit, nec multum facit, quod res emptoris periculo est: nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere. si tamen precario sit in possessione, videamus, ne, quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, iam interdicto uti possit. ergo et si conduxit, multo magis: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit. plane si postea, quam melior condicio allata est, aliquid operis vi aut clam factum sit, nec iulianus dubitaret interdictum venditori competere: nam inter cassium et iulianum de illo, quod medio tempore accidit, quaestio est, non de eo opere, quod postea contigit.*

La tratadística ha resuelto, al parecer, en todos los sentidos; la interpretación ha sido irregular y tortuosa. Por lo que se permite ver de la Glossa, existía ya cierta perplejidad frente al pasaje. Las notas insisten y reiteran ambos institutos, la acción *in factum* y el interdicto, frente a diversos vocablos que explican. Lo cierto es que desconcertaba que se otorgara la acción sin tener un fundamento *in rem*, sin ostentar un derecho sobre la cosa, tal como el párrafo lo concede al arrendatario. Durante algún tiempo se pensó que el fundamento de tal excepción a la regla consistía en que el arrendatario actúa en atención a una expectativa de derecho real que resulta inminente (de ahí el vocablo ‘*seges*’).³² Por ello, el siguiente punto a deslindar corresponde a las frases “*si lolium aut auenam in segetem alienam inieceris*”.

1. *Si lolium aut auenam in segetem alienam inieceris*

Diversos puntos importantes pueden extraerse de aquí. Uno de ellos, el momento en que ocurre la corrupción. La contaminación, como queda claro del análisis previo, podría ocurrir en dos períodos: cuando las semillas crecen en la tierra o cuando ya están cosechadas.³³ Me parece que en este pasaje se puede inferir valiosa información que permita reconstruir el sentido y motivación del fragmento. En primer lugar, *inicio*. Su sentido es el de ‘arrojar’, ‘proyectar’. Si la cebada o la avena no se mezclaron una vez recolectadas, con sólo arrojarlas, tal vez la separación habría sido sencilla. Por

³² Ferrini, Contardo, “La legitimazione attiva nella actio legis aquilia”, en *Opere*, Milán, Ulrico Hoepli, 1929, Vol. 3, p. 210: “*La spiegazione che valenti romanisti davano di quella eccezione consisteva nell’ accentuare il fatto, che il colono ha diritto a ottenere il dominio sui frutti; che, pertanto, se nel caso nostro non vi ha lesione di un dominio attuale, si lede però un dominio futuro*”.

³³ Corbino ofrece una solución aprovechando este argumento, de la que se hablará más adelante.

cuanto refiere a los demás vocablos, creo que puede ser ilustrativo observar la aparición de los tres términos agrarios en Virgilio:

*intereunt segetes, subit aspera silua
lappaeque tribolique, interque nitentia culta
infelix lolium et steriles dominantur auenae.*³⁴

Considero en este sentido que, sin necesidad de hacer cita de Virgilio, Celso y Virgilio ilustran con las mismas voces el sembradío. Como se sabe, la avena y el trigo suelen crecer en los terrenos del trigo. El caso propuesto así por Celso se concretiza enormemente. La cebada y la avena, por su semejanza con el trigo, son difíciles de separar, cuando crecen juntos. Análogamente, el acto dañoso de plantar conjuntamente el trigo con la cizaña a escondidas, incluso da lugar a una parábola evangélica.³⁵ De esto, por lo menos, puede inferirse que en el área mediterránea no sería insólito que alguno buscara dañar así las siembras, y más que ser un ejemplo extravagante debía ser algo común. El hecho de que se mencione *quo eam tu inquinares*, puede simplemente servir para especificar que no toda intervención extraña en un sembradío daba lugar a la acción, sino que se requería que existiese el daño, o un daño de cierto tipo. No hubiera existido acción si, por ejemplo, el campo de avena cultivado para forraje o el de cebada, fuera mezclado con trigo, pues no parecería que hubiera disminución del precio. Tampoco, al parecer en el caso análogo de D.9,2,27,20 (Ulp. 18 *ad ed.*).³⁶

Así pues, el fragmento que tendría que confirmar esto, y que por su cercanía debería pensarse *quasi* complementario, agrega sin embargo dificultades. Como resulta, la mezcla de arena u otra cosa que se mezcle con el fruto, da lugar a *item*. Ese *item* tiene que verse, pues, en el pasaje precedente: D.9,2,27,19 (Ulp. 18 *ad ed.*) *Sed et si quis milium vel frumentum meum effuderit in flumen, sufficit aquiliae actio.*

³⁴ *Georg.* 1.152-154.

³⁵ Esta es recordada también por Tellengen- Couperus, cuya posición se discutirá más adelante: “*Simile factum est regnum calorum homini, qui seminavit bonum semen in agro suo: cum autem dormirent homines, venit inimicus ejus, et superseminavit zizania in medio tritici, et abiit. Cum autem crevisset herba, et fructum fecisset, tunc apparuerunt et zizania. Accedentes autem servi patrisfamilias, dixerunt ei: Domine, nonne bonum semen seminasti in agro tuo? unde ergo habet zizania?* 28. *Et ait illis: Inimicus homo hoc fecit. Servi autem dixerunt ei: Vis, imus, et colligimus ea?* 29. *Et ait: Non: ne forte colligentes zizania, eradicetis simul cum eis et triticum.* 30. *Sinite utraque crescere usque ad messem, et in tempore messis dicam messoribus: Colligite primum zizania, et alligate ea in fasciculos ad comburendum: triticum autem congregate in horreum meum.*”

³⁶ D.9,2,27,20 (Ulp. 18 *ad ed.*) *Item si quis frumento harenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit.*

Parece fuera de duda que Ulpiano, para el caso de quien arrojase al río *milium vel frumentum*, se concede la acción aquiliana directa; directa es, también, la de mezclar arena que haga la *separatio difficilis*. Las soluciones que se ofrecen a este primer problema son, en general, insatisfactorias. Albanese y Zilotto verían una interpolación en 9,2,27,20: el recurso a la interpolación, no por problemas textuales que oscurezcan el sentido, sino por acomodar el texto a la interpretación personal, adolece de método; Valditara vería el daño directo sobre la semilla a causa de la arena, y es interesante pensar cómo es que la semilla es más dañada por la arena que por el agua, si se pudiese recuperar, por ejemplo; Masumeci, en cambio, considera que *quasi de corrupto* revela una variación en el tipo de daño, siendo la *difficilis separatio* una separación cercana a lo imposible, con lo cual se agravaría la sanción con la acción directa, pero no indica cómo la acción directa agravaba la sanción. La observación, empero, no está exenta de perspicacia. Creo que de otro modo se puede analizar el pasaje. No es propósito de este trabajo dar una solución definitiva en todos los aspectos. Pero *difficilis*, como señala Masumeci, tiene usos y acepciones que lo vinculan con la cercanía a lo imposible. Así, me parece que, si bien hay una diferencia terminológica en el *molesta* y el *difficilis* que afecta a la *separatio* (y que puede determinar la gravedad del daño patrimonial o no que implique), otro aspecto a considerar se encuentra en la determinación objetiva del daño que se presenta en el *inquinare*. *Inquinare* puede ser que sirva como un elemento de valoración o acreditación del daño, por el cual se determinaría que la acción no se fundase en un *quasi de corrupto/difficilis separatio*, sino en una *actio in factum* ya que se trata una molesta *separatio* en razón de que uno, un tercero, *segetem inquinavit*. Vale la pena complementarla, con la observación de una acepción distinta de *molestus*; si bien es general que incluso el pasaje en estudio sea usado para ilustrar la acepción de ‘arduo o ‘trabajoso’, está atestiguado el uso clásico que lo vincula al daño:³⁷ sugestivo, pues, es el valor de *molestus* como *injuriandus* (?) o *damnosus*.³⁸ Aun sin proponer que sirva este ejemplo para ilustrar ese sentido, si podemos correlacionar el verbo *molestus* con *damnosus*, cosa que podrían haber hecho también los juristas

³⁷ Véase Lewis & Short *s.v.* ‘*molestus*’, que trae incluso este pasaje como ejemplo de uso postclásico. OLD no contiene noticias al respecto. No obstante, el *Lexicon Infimae et Mediae Latinitatis* no contempla el adjetivo *molestus*. El Forcellini (*Lexicon totius latinitatis*, ed. facsimilar, Pavía, A. Forni, 1940, t. III, p. 246) en cambio, lo usa como ejemplo de uso ‘*translate*’, y dicho uso metafórico no por fuerza debería ser exclusivo de los poetas. El *Thesaurus Linguae Latinae*, por su parte, contiene el ejemplo, pero precedido por Cicerón y Plinio, con lo cual parece confirmarse su claridad.

³⁸ Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, ed. facsimilar, Pavía, A. Forni, 1940, t. III, p. 246. En el *Thesaurus Linguae Latinae*, da, por ejemplo, *damnum afferens, damnosus, noxius, periculosus, perniciosus*.

romanos, y determinar que el momento del hecho dañoso y el de su proyección patrimonial se encuentran desfazados: la molesta *separatio* se determina al momento, no en que el tercero *segetem inquinavit*, sino cuando, para efecto de hacer la cosecha, se debe realizar la molesta *separatio*, momento pues en el cual se habría visto la disminución patrimonial no directamente en el valor de la cosecha, sino en la contratación de los peones que debiesen cernir las semillas para dividir las, y cuando fuese determinable el porcentaje de grano perdido en la operación. Por el contrario, al tratarse de una *difficilis separatio*, o sea una separación cercana al imposible,³⁹ es probable que la acción se hubiese dado o pedido de inmediato, pues la valoración del daño habría sido inmediata. Diversos, pues son los argumentos que me inclinan a pensar que se trata en este fragmento de la mies en el suelo y no del fruto cultivado.

VIII. SOLUCIONES A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como ya fue visto, las soluciones habituales dadas a este fragmento se definían por una interpolación que cancelaba la posibilidad de que el arrendatario hubiese podido accionar. Otros pensaron que el fundamento de la concesión consistía en que el arrendatario actúa en atención a su expectativa de un derecho real sobre los frutos a adquirir, derecho real que, si bien aún no se manifestaba en la realidad, era inminente. Algunos más consideraban que la acción se fundaba en el interés que tuviese el arrendatario en la conservación de la cosa dañada en virtud de lo cual el arrendatario promovía la acción *in factum* como si de una *procuratio in rem suam* se tratara.⁴⁰ Modernamente Olga Tellegen-Couperus⁴¹ considera que un tipo específico de cizaña, muy venenosa y una avena muy difícil y tardada de erradicar, es a la que refiere el pasaje, por lo cual el daño a la cosecha presente corresponde al colono, pero a las cosechas futuras, al dueño;⁴² la solución es ingeniosa, pero habría que pensar también en avena también ponzoñosa y en cizaña también tenaz para entonces armonizar el tex-

³⁹ Al respecto Masumeci cita D.10,2,55 (Ulp. 2 *ad ed.*) *Si familiae erescundae vel communi dividundo iudicium agatur et divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre et adiudicare omnes res.* En honor a la verdad hay que decir que el fragmento es claro al decir “*tam difficilis*”, y no meramente “*difficilis*”, de lo cual puede derivarse una muy flaca prueba a favor de su argumentación.

⁴⁰ Natali, Nunzio, *La legge Aquilia, ossia il Damnum Iniuria Datum*, Roma, 1896 (Ristampa anagrafica: Roma, L’Erma di Bretschneider, 1970), p. 121. Así parece que Natale integra las opiniones de Voet, Windscheid, Castellari, Noodt.

⁴¹ Olga Tellegen-Couperus, “The tenant, the barrower...”, *cit.*, p. 418, n. 2

⁴² Pues le inutilizaría el terreno por algún tiempo.

to y que por ambas causas tuviesen acciones ambos simultáneamente. Ahora, desde otra perspectiva, si se considera que el dueño del fundo, en su calidad de dueño, antes del año podría haber ejercitado la acción, probablemente porque bajo cierto concepto los frutos estarían aún vinculados al suelo, y siendo dueño de la tierra se derivaba su propiedad sobre los frutos; el colono, por su parte, tendría la acción sobre la cosecha, bajo este criterio, pero no sobre la siembra;⁴³ la actuación y la tenencia simultánea de acciones es explicada por McCormack, quien considera que el colono, en virtud de que da una caución para que el dueño no demande a su vez, actúa en representación del dueño.⁴⁴ Corbino,⁴⁵ por su parte, considera que la dificultad de intelección depende de que la problemática se hace depender de supuestos distintos: la acción, si es por los frutos aún ligados a la tierra es del dueño, pero si es sobre los frutos recolectados, es del colono.⁴⁶ Valditara se pronuncia, en sujeción al pasaje de comodato 9,2,11,9, y da a entender que hay una protección aquiliana al crédito,^{47, 48} resucitando la acción del capítulo II; en el mismo sentido M.F. Cursi, aunque con una argumentación más firme. Valiño, igualmente, considera que se trata de una lesión al crédito; D'Ors es de esta misma opinión⁴⁹. La idea por sí sola aparece como

⁴³ A menos, claro, que se diese sobre la expectativa de dominio, como supuso por ejemplo Mommsen, Ferrini o Natali.

⁴⁴ Geoffrey MacCormack, “CELSUS quaerit: D.9.2.27.14”, *RIDA*, núm. 20, 1973, pp. 341-348. El autor, además, con von Lübtow, estimaba que el daño para el agricultor derivaba de que la cizaña o la avena impedían el normal crecimiento a los cultivos

⁴⁵ Corbino, *op. cit.*, p. 162. Con enorme inteligencia, Corbino ha propuesto una solución elegante. Considera que el pasaje hace referencia no a la relación de crédito, sino a las semillas ya recolectadas. No habría, pues, necesidad de considerar un hipotético resurgimiento de la protección aquiliana al crédito una vez caído en desuso el capítulo II de la ley. Las semillas ya cosechadas corresponden, por percepción, al colono, y este es el fundamento de su acción *in factum*. Empero, la misma brevedad de Corbino no permite distinguir en su opinión con toda claridad la raíz de la acción al dueño. Según parece, la dualidad que menciona es relativa a que él mismo considera la posibilidad de dos momentos distintos de experibilidad de la acción *in factum*. Yo considero que el pasaje no en vano refiere al fundo, una vez mencionado el colono. En otra circunstancia, parecería tautológico, salvo que en este caso se establecen los fundamentos de dos consideraciones que pertenecen a dos momentos distintos.

⁴⁶ Alessandro Corbino, *Il danno qualificato e la legge Aquilia*, Milán, CEDAM, 2005, p. 162.

⁴⁷ Valditara, Giuseppe, “Profili del risarcimento del danno dalla Legge Aquilia al diritto odierno”, consultado el 15 de octubre de 2010, disponible en la World Wide Web: <http://www.csdr.org/italiano/class_detail.asp?inford=167>

⁴⁸ *Idem*: “Non è peraltro da escludere che già giuristi di età anteriore a quella dei Severi, tra cui Celso e magari lo stesso Giuliano, riconoscessero in alcune circostanze una qualche protezione in favore del danneggiato non proprietario suggerendo la concessione di acciones *in factum*. E' questa per esempio la soluzione che sembra affiorare da D.9,2,27,14 dove pare affiorare fra l'altro la tutela del credito, in specie relativo ad un rapporto di locatio-conductio”.

⁴⁹ Aunque supongo que mudó juicio. No pudiendo revisar las diversas ediciones para cotejarlas, expongo la suposición: Valiño reporta que el D'Ors “estima el texto interpolado y,

seductora, pues reintegra el texto a la vida y a la discusión jurídica y pone en crisis ideas preconcebidas sobre un importante instituto.⁵⁰

Conviene también considerar que el pretor pudo haber protegido el interés del arrendatario y el contrato,⁵¹ y que la asignación vendría, sea por la propiedad que se ejerce, sea por el *frui licere praestare del locator*,⁵² pues “Como es bien sabido, la obligación principal del conductor en una *locatio conductio rei* es el abono de *merces* convenida. Ésta debe entenderse como prestación de carácter sinalagmático y, por tanto, correlativa a la obligación a cargo del *locator*, consistente en la cesión del ejercicio del uso y disfrute de la cosa arrendada”.⁵³ Y se hablaría en estos términos de una protección aquiliana del crédito,⁵⁴ que se volcaría a un daño meramente patrimonial.

por consiguiente, dudosos la extensión en favor del arrendatario...” (p. 84, n. 125); ésta sería su opinión hasta 1973, año en que Valiño publicó su estudio. En *Derecho Privado Romano*, 5ª ed. 1983, D’Ors dice escuetamente (p. 437, §367): “Estas acciones *in factum* podían ser concedidas a no propietarios sin necesidad de ficción”.

⁵⁰ Como ejemplo de estas ideas, opina Mommsen que “La ley aquilia, no sin fundamento, equiparaba el empleo abusivo de la adstipulación al daño en las cosas. Si, en otros órdenes, el ejercicio de los derechos que corresponden a los acreedores no podía traer perjuicios para terceras personas, en cambio, cuando a los acreedores a quienes corresponde realmente un crédito equiparamos otra cualquier persona a quienes ellos hayan conferido mandato legal, es claro que el perdón de la deuda realizado por este adstipulador extingue también el derecho de crédito que correspondía al acreedor primero; y como a la época en que la ley fue dada todavía el mandato no producía probablemente acción de ninguna clase, se acudía a este medio a veces para burlar a los acreedores, y por eso, cuando semejante acto hubiera sido ejecutado, se concedía al acreedor principal una acción contra el mandatario para pedirle la reparación del daño sufrido, lo mismo que si se tratara de un caso de daño en la propiedad.” Theodor Mommsen, *Derecho Penal Romano*, España, Jiménez Gil Editor, 1999, p. 515.

⁵¹ Siguiendo la afirmación de R. Fiori, *La definizione della locatio-conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Nápoles, Jovene, 1999, pp. 291 y ss., la tipización que realiza, basada en las definiciones perimetrales que caracterizan el contrato más allá de sus distinciones de otros contratos, le permite fijar el núcleo sinalagmático del contrato de *locatio conductio* en el binomio *uti-frui/merces* (p. 293). Pues, dentro de la discusión de las escuelas “*Cio che accomuna le dottrine dei Sabiniani e i Proculiani è infatti la consapevolezza che nella locatio conductio si attribuisce essenzialmente l’uti-frui (o l’opera)*”. Poco después, comenta que “...va notato che queste conclusioni sono valide non solo per i seguaci delle due sectae, ma per ogni fase dell’elaborazione giurisprudenziale del contratto”. (p. 295)

⁵² Véase Riccardo Cardilli, *L’obbligazione di praestare...*, cit., pp. 233-257 en este caso respecto al *vim praestare del locator fundi*, pero que permite reflexionar en términos de amplitud mayor respecto del *praestare* en el marco del arrendamiento.

⁵³ Fernández de Buján, “La *deductio mercedis*...”, cit., p. 156.

⁵⁴ También con reenvío a Fiori, es la conclusión de M.F. Cursi, *op. cit.*, pp. 240 y ss..

CUOTA DEL SOCIO DE INDUSTRIA EN EL DERECHO ROMANO... ¿UNA POSIBILIDAD ABANDONADA EN EL DERECHO DOMINICANO?

Gisell LÓPEZ BALDERA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La cuota del socio de industria en el derecho romano.* III. *Los aportes industriales en el derecho dominicano.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad es el aporte que deben hacer los socios para la consecución del objeto social. Esto es así en la concepción moderna y en el derecho romano el tema no era muy diferente. Efectivamente, los socios debían aportar para el desarrollo de la actividad que les generaría beneficios. Ahora bien, ¿en qué podía consistir ese aporte? Lo primero que nos viene en mente es quizás el de dinero. También podríamos pensar en el aporte de uno o varios bienes o de un patrimonio. Sin embargo, también existe la posibilidad de que uno o varios socios contribuyan su propio trabajo o, si quisiéramos usarlo como sinónimo, su industria.

El aporte en industria era aceptado en el derecho romano, así como en muchos ordenamientos jurídicos modernos, pero este tema nunca ha estado libre de controversias. El problema fundamental que se presenta es la valoración del trabajo humano para la concesión de una cuota social,

* Profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, campus Santiago.

ello así porque el valor de los aportes en dinero o en bienes son determinables *in coeunda societate*, mientras que el aporte en industria presenta la dificultad de que debe ser ejecutado para poder ser valorado de manera concreta.

De cara a este planteamiento, resulta pertinente evaluar cuál era el contenido del aporte de industria en el derecho romano, de qué manera se cumplía con su necesaria valoración para atribuir desde la formación de la sociedad una cuota al socio de obra y ver si este modelo histórico ha influido en el derecho dominicano actual o cómo se distancia este último de su sistema jurídico.

II. LA CUOTA DEL SOCIO DE INDUSTRIA EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano la posibilidad de aportar industria al contrato de sociedad no siempre estuvo clara. De hecho, desde el derecho clásico hubo discusión al respecto (1), también resulta interesante abordar el tema del contenido del aporte industrial para los romanos (2), porque es lo que finalmente nos permitirá hacer un estudio más aterrizado sobre el derecho actual.

1. *Discusión sobre la posibilidad del aporte de industria en el contrato de sociedad*

El otorgamiento de una cuota al socio que aporta su trabajo fue un tema muy discutido en derecho romano y se encuentra en las fuentes relacionado con la determinación de las *partes lucri et damni* de los socios. De ahí la trascendencia de la *magna quaestio* para nuestro tema, la cual es además, el testimonio más antiguo de la existencia del socio de obra.¹

En la mencionada controversia Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo difieren en cuanto a la posibilidad de establecer distintas porciones

¹ Véase Santucci, Gianni, *Il socio d'opera in Diritto Romano, Conferimenti e responsabilità*, Italia, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997, pp. 44 y ss.

de ganancias y pérdidas entre los socios. Así lo vemos en las fuentes: Gai. 3, 149,² D.17,2,30 (Paul. 6 *ad Sab*),³ Inst. 3,25,2.⁴

Gai. 3,149 resalta la emersión de varios problemas sobre el contrato de sociedad. Por un lado, se discute la posibilidad de establecer distintas proporciones para la distribución de las ganancias y pérdidas de la gestión entre los socios, mientras por otro lado (con la opinión de Servio), se plantean situaciones que van más allá de la simple distribución igualitaria de las *partes*. En este sentido, Servio aprueba: a) que pueden establecerse *partes lucri et damni* distintas entre los socios; b) la posibilidad de que alguien reciba únicamente ganancia y ninguna pérdida; y, c) la posibilidad de que no sean aportados bienes a la sociedad, siempre que el trabajo aportado puede ser equiparado a los bienes.

Habida cuenta de las distintas problemáticas abordadas, el análisis de la *magna quaestio* no resulta fácil, pero sí muy importante para la reconstrucción de la *societas* romana.

² Ha habido gran controversia sobre si se podía constituir sociedad de tal manera que alguien tuviera más ganancia y menos pérdida que los demás; lo cual consideró Quinto Mucio que iba contra la naturaleza misma de la sociedad, y que por tal razón no se debía considerar válida. En cambio, Servio Sulpicio estimó que sí podía hacerse —opinión que prevaleció—, y dijo que puede inclusive constituirse una sociedad de forma que uno reciba únicamente ganancia y ninguna pérdida, con tal de que el trabajo de dicha persona sea tan estimable que se considere justo el ser admitido en la sociedad en tales condiciones. Y puede constituirse igualmente de forma que uno aporte bienes y el otro no aporte, siendo la ganancia, no obstante, común a ambos, ya que a veces el trabajo de alguien equivale a los bienes.

³ Escribe Mucio, 14 <*ius civile*>, que no puede contraerse una sociedad de modo que el socio perciba una parte del lucro y otra distinta del perjuicio. Servio, en las notas a Mucio, dice que no puede contraerse una sociedad así, pues no se entiende que hay ganancia sino una vez deducido todo el perjuicio, ni tampoco perjuicio si no se deduce todo el lucro, pero puede contraerse una sociedad de modo que se obtenga una parte de la ganancia que haya quedado a la sociedad, una vez deducido todo perjuicio, y que se soporte otra parte distinta del perjuicio que igualmente haya quedado <después de deducir el lucro>.

⁴ Pero se ha cuestionado sobre este convenio, si habiendo pactado entre sí Ticio y Seyo que a Ticio pertenezcan dos partes de ganancias y la tercera de pérdidas, y a Seyo dos partes de pérdidas y la tercera de ganancias, deba considerarse válido el convenio. Quinto Mucio juzgó que tal pacto era contrario a la naturaleza de la sociedad, y que por ello no debía considerarse válido. Servio Sulpicio, cuya opinión prevaleció, juzgaba lo contrario, porque muchas veces es de tal modo estimable en una sociedad el trabajo de algunos socios, que es justo sean admitidos en la sociedad bajo mejores condiciones: porque no hay duda que puede constituirse una sociedad de modo que uno aporte dinero y el otro no, y que, sin embargo, sea común entre ellos la ganancia, porque frecuentemente el trabajo de un hombre equivale al dinero. Y en tanto prevaleció contra la opinión de Quinto Mucio, como que también es constante que se puede convenir que alguno tenga parte en el beneficio y no esté obligado a la pérdida, lo que igualmente juzgó conveniente Servio: mas esto debe entenderse de modo que si en alguna cosa se entienda que es ganancia, después de hecha la compensación, solamente lo que quede.

En la postura de Q. Mucio resulta importante el reclamo a *contra naturam societatis* del que hace uso para avalar su opinión, pues representa la *ratio* de su respuesta a la problemática.⁵ En este sentido, se debe tener presente que el destacado jurista republicano tenía una visión estática del fenómeno societario y su opinión se basaba particularmente en la llamada *societas omnium bonorum*,⁶ en la cual no era concebible una repartición de las *partes* que no fuera igualitaria para los socios.

En la segunda fuente, D.17,2,30 (Paul. 6 *ad Sab.*) por un lado, Q. Mucio sostenía que las *partes* de ganancia y pérdida debían ser iguales. En este sentido, se entiende que la participación en las ganancias sociales debía ser proporcional a la participación en las pérdidas. Mientras, S. Sulpicio responde replanteando el problema desde la perspectiva de una evaluación contable, esto es, que el balance final sería o ganancia o pérdida, no ambas cosas simultáneamente.

S. Sulpicio, cambia la perspectiva sobre el problema de la distribución de las partes por medio de un balance y añade que era posible una sociedad en la que el socio que en un caso de balance activo recibiera una parte, soportara una parte menor cuando, por el contrario, dicho balance fuera negativo.

En la tercera de las fuentes, Inst. 3,25,2, puede además apreciarse con mayor extensión el pensamiento de Servio, quien plantea que *ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit conditione meliore in societatem admitti*, pero esta condición privilegiada (si se quiere), es condicionada a razón de la preciosidad de la obra del socio a favor de los fines sociales. De modo que esta obra *pro pecunia valet*.⁷

⁵ Al lado de esta *ratio*, se debe tomar en cuenta también que ciertamente es característico en el derecho romano la llamada resistencia del tipo contractual. Esta naturaleza que reclama el jurista implica la equidad en la *societas* romana que es otorgada por la buena fe.

⁶ La llamada *societas omnium bonorum* es con toda probabilidad la descendiente del antiguo *consortium exco non cito*, el cual se constituía entre los hermanos luego de la muerte del *pater*. Véase Arnò, Carlo, *Il contratto di Società*, Italia, G. Giappichelli, Anno Accademico 1936-37-XV. Talamanca, Mario, *Istituzioni*, Italia, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p. 597.

En cuanto a la interpretación del pensamiento muciano, véase Santucci, Gianni, *op. cit.*, pp. 41 y ss. El autor aplaude el trabajo realizado por F. Wieacker y la más reciente revisión del mismo por F. Bona (p. 43 n. 27). Por otro lado, M. Talamanca, quien también ha aportado una rica interpretación y estudio de la problemática que nos ocupa, considera que en la *magna quaestio* nada, bajo el perfil textual consiente llegar a una neta distinción, bajo el perfil de los métodos de cómputo en el reporte final, entre las sociedades de gestión y las de lucro, ni individuar el criterio de cálculo del saldo neto, al activo y al pasivo, con la adición al pasivo del aporte de capital y de la valoración contable de la obra del socio. (pp. 47 y ss.)

⁷ Nos parece acertada la observación de Talamanca cuando señala que en las fuentes son inciertos los requisitos para la licitud de la exclusión total de las pérdidas conexas al socio de obra. Tal exclusión es justificada en las fuentes con la “preciosidad” de la obra prestada,

Vemos claramente cómo S. Sulpicio reconoce la preciosidad de la obra de un socio en el contrato de sociedad para otorgarle a este un mayor beneficio de las ganancias e incluso la exclusión de las pérdidas,⁸ lo cual Q. Mucio consideraba contrario a la naturaleza del contrato.⁹

Pero si bien podría interpretarse que Q. Mucio desconsideraba la figura del socio de industria en su opinión sobre la distribución de las *partes lucri et damni*, no existen fuentes donde textualmente (ni por interpretación) este desconozca el socio de obra en el contrato de *societas*.

El asunto, como es planteado por G. Santucci siguiendo la postura de Wieacker,¹⁰ es que la opinión de Q. Mucio era que solo los aportes de capital debían ser sustraídos del activo neto. No entraba en esta valoración el aporte de obra del socio, que en tal modo se encontraba en una posición desfavorable respecto al socio de capital: en caso de una gestión en activo, el

pero no resulta si esto fuese solamente un dato del cual tuvieran cuenta los socios al momento de la conclusión del contrato, o si la no participación en las pérdidas fuera admisible solo si tal “preciosidad” subsistiere efectivamente. Talamanca, Mario, *op. cit.*, p. 600.

⁸ Muy contraria a esta postura en el derecho romano es la disposición del artículo 1855 del Código Civil dominicano: “El contrato que dé a uno de los asociados la totalidad de los beneficios, es nulo. Sucede lo mismo con la estipulación que exima de contribuir a las pérdidas las sumas o efectos puestos en el capital de la sociedad por uno o muchos de los asociados”.

⁹ Un interesante punto de vista ofrece Fiori, Roberto, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilista (Seconda parte), Modelli Teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Jovene editore, Italia, 2011, pp. 211 y ss., quien observa que Servio estaría limitado por la lengua latina, la que comprende en *lucrum* sea los ingresos que las utilidades, y con *damnum* sea los costos que las pérdidas, que si es cierto que en absoluto no puede darse una *societas* en la que las ganancias y las pérdidas son asignadas en modo diverso entre los socios, sin embargo en el caso en que un socio hubiera aportado la propia *opera*, este habría soportado menos costos patrimoniales (*damnum*) pero no por ello no habría debido participar de las ganancias (*lucrum*) en modo conforme al propio aporte, considerando que *saepe opera alicuius pro pecunia valet*. La distinta asignación de *lucrum* y *damnum*, para Servio, no significaba una disparidad entre las utilidades y las pérdidas, sino entre utilidades y costos patrimoniales, y sobre la misma línea se colocaban Casio y Sabino, quienes habría agregado —o quizás solo aclarado— que aquello naturalmente implicaba que entre el costo soportado por el socio de obra (o sea, la misma obra) y el costo soportado por el socio de capital (*damnum*) existiera una correspondencia.

¹⁰ Talamanca señala que esta diversidad de opiniones sobre un modo diferente de concebir la sociedad, en la que Mucio se adhiriera a una concepción patrimonialista de la misma, que no permitía dar relevancia a los aportes en obra, lo que, en cambio, se habría verificado con Servio, en el plano práctico habría significado que Mucio no admitiera, en la liquidación final, la deducción del valor de las *operae* aportadas; Servio, en cambio, habría llegado a la solución mencionada en materia de *partes lucri et damni* justo por obviar los inconvenientes derivados de la imposibilidad de deducir el valor de las obras, imposibilidad que también él compartía. Esta interpretación, por indicación del autor, remonta a Wieacker. Talamanca, Mario, *s.v. “Società” (Diritto romano)*, en *E.D.*, Italia, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, vol. XLII, p. 836. Véase n. 240.

socio de obra no veía reevaluado el valor de la actividad prestada, mientras el otro socio recuperaba el propio capital; de otra forma, en ocasión de una gestión concluida en estado pasivo, el socio de obra, además de haber prestado la actividad inútilmente, estaba constreñido a participar con una cuota del propio capital para la extinción del pasivo.¹¹

Ciertamente, y a modo de conclusión para esta primera parte, la opinión de S. Sulpicio presenta una perspectiva mucho más amplia en el sentido de que se valora el resultado del ejercicio social con pérdidas o con ganancias, siendo imposible desde su óptica que al final del ejercicio se presenten ambos resultados, por un lado; y por el otro, resulta favorable su postura respecto a la condición que el socio de obra podría tener respecto a su participación en la sociedad, pero este factor dependería de la preciosidad del trabajo que realice.

Hemos visto hasta ahora, que la *magna quaestio* constituye un testimonio certero sobre la existencia del socio que aporta su obra y cómo se entrelaza este tema con la distribución de las ganancias y pérdidas del ejercicio social entre los socios. Luego de este primer acercamiento a los problemas del socio de industria en las fuentes romanas, debemos afrontarnos a uno mayor, y es el de la valoración del trabajo para materializar una participación que le otorgue retribución al socio que haga este tipo de aporte.

Este es un tema complejo, pues en términos sociales siempre ha sido un reto colocar un valor justo al trabajo prestado y en el ámbito del contrato que nos ocupa, la actividad que se lleva a cabo cumple con la función económica-social del mismo, la cual es generar lucro.

2. El contenido de la prestación del socio de industria en el derecho romano

Para delimitar el contenido del aporte del socio de industria en el derecho romano es necesario ver las diferentes formas en que puede ser prestada la obra (que en términos de los antiguos juristas romanos serían la *gratia*, *industria*, *opera*) y para ver cómo operaban estas formas, luego trataremos algunas fuentes en las que aparecen casos del socio que presta su trabajo.

El término más general con el que podemos definir el aporte del socio que presta su trabajo es *opera*, en este sentido, resulta imperante individualizar el concepto de este término que nos legan las fuentes, empezando por un fragmento tomado del libro séptimo del Digesto, en el título dedicado a *De operis servorum* (Del trabajo de los esclavos) D.7,7,1 (Paul. 2 *ad ed.*): “El trabajo consiste en un acto, y no existe en la naturaleza de las cosas antes

¹¹ Santucci, Gianni, *op. cit.*, p. 44.

que comience a correr el término en que se ha de prestar, así como cuando estipulamos: lo que hubiere nacido de Aretusa.”

Este concepto de obra parece tener únicamente el objetivo de ser usado en el tema del trabajo de los esclavos con relación al usufructo que en los párrafos sucesivos se trata, no obstante consideramos, que la fuente precitada contribuye al desarrollo del tema de la obra prestada en el marco del contrato societario para reafirmar que al socio de obra no le puede ser otorgada una cuota en tanto no realice el trabajo al que se obligue *in coeunda societate*.

La siguiente fuente también nos habla en términos de *operae*, y es comprendida en el título *De operis libertorum* (De los servicios de los libertos) D.38,1,9 pr. (Ulp. 34 *ad Sab.*): “Los servicios no existen en la naturaleza”.

En las dos fuentes citadas anteriormente podría interpretarse una especie de contradicción, la cual en la doctrina ha intentado ser diluida por De Robertis, a cuyo trabajo remitimos para un estudio profundo.¹²

Ahora, si bien es cierto que no hemos tocado ninguna definición de obra que pudiéramos usar de manera general para definir el contenido del aporte del socio, no menos cierto es que los juristas romanos (trabajando el modelo casuístico que suele caracterizarlos) trataron diversas calificaciones de dicha aportación. En lo adelante veremos las fuentes que arrojan luz al particular.

La primera fuente es D.17,2,80 (Proc. 5 *epist.*), la cual en su parte *in fine* reza: “*veluti si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae in societatem collaturus erat*”. La relevancia que esta parte del fragmento de Próculo asume en nuestro tema es debido a las dos formas mencionadas (*industriae, gratiae*).

Nos ubicamos en el contexto del pasaje. Próculo considera que el aporte de obra asume igual relevancia que el de capital, y al lado de la obra coloca otros dos elementos, que son la industria y la gracia. Respecto a la industria, vemos otras noticias en las fuentes en materia de sociedad, mientras que la gracia solo la encontramos en las *Epístolas* de Próculo.

Entre las fuentes en las que encontramos el término *industria* se encuentran D.17,2,25 (Paul. 6 *ad Sab.*): “No por esto, porque en otras muchas cosas hubiese con su industria fomentado la sociedad, corresponde menos al riesgo del socio lo que por su negligencia hubiese perecido; y esto lo declaró el Emperador en virtud de una apelación” y D.17,2,6 (Pomp. 9 *ad Sab.*):

Si hubieses contraído conmigo una sociedad bajo la condición de que establecerías luego las participaciones sociales, esto debe remitirse al arbitrio de un hombre recto, y es conforme con el arbitrio de un hombre recto el que no seamos socios necesariamente por partes iguales; por ejemplo, si uno ha de contribuir a la sociedad con mayores servicios, cuidados o capitales.

¹² Véase De Robertis, Francesco M., *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Italia, 1946.

Empero, para el término de *industria* son las fuentes literarias las que nos otorgan una noción más acabada. En este sentido, Cicerón fue uno de los que mencionó el término en varias de sus obras¹³ y de ellas puede apreciarse que si bien en la mayoría de los casos el significado del término era conocido y definido, este no era usado siempre en la misma situación y con el mismo objetivo descriptivo.

Sí, puede ser observado que *industria* era utilizado para describir el comportamiento o las cualidades de una persona, y que ella solía usarse en combinación con *gratia* y con *opera*. Entonces, la *industria*, tal y como señala al respecto G. Santucci, más que ser valorada como una cualidad positivamente en su generalidad y que podía manifestarse igual en cualquier dirección, puede constituir a menudo una característica peculiar de quien tiene la intención de llevar a cabo una actividad específica.¹⁴

Señala también G. Santucci, quien hace un extenso análisis sobre las fuentes en las que se hace uso de la palabra *industria* y labora sobre sus diversas connotaciones, que en los diversos contextos sociales o culturales o técnicos en la que es mencionada, la *industria* conserva siempre un significado marcadamente positivo. Forma parte, a todos los efectos, del vocabulario de virtudes y valores absolutos, a los que tendencialmente los pensadores latinos recurren para trazar caminos morales abstractos o modelos éticos relativos a la construcción de la figura, normalmente fruto de una especulación sólo ideal del *vir bonus*.¹⁵

Particular relevancia, en nuestra opinión asume el uso de la *industria* con la *diligentia*, que adopta el significado del ejercicio diligente y consciente de cualquier tipo de actividad.¹⁶ *Industria* y *diligentia* son signos que expresan conceptos íntimamente conectados, similares, pero no idénticos: *industria* implica la idea del desarrollo de una actividad mediante esscrúpulo y celo, y en tanto, esencialmente con diligencia, pero el ejercicio de una actividad conducida con *industria* implica en específico un concepto de laboriosidad, dinamismo, que aparece a menudo desconocido, o de todas formas no explícito clara-

¹³ Véanse algunos ejemplos en las obras de Cicerón: *Brutus*, 30.113; *Verrone* 2.39.101; *De off.* 1.122; *Pro Rosc. Amer.* 4.10. No obstante, Cicerón no fue el único en hacer uso de la palabra *industria* y de los binomios que con ella se construían. Así existen testimonio de ella en las obras de Aulo Gelio, Plauto y Cornelio Nepote. Véase *Noctes Atticae* 12.9.1-2. *TLL*, VII, 1, Lipsiae 1943, coll. 1273 y ss. y Santucci, Gianni, *Il socio d'opera in Diritto Romano*, cit., p. 116, n. 37. *Cato*, 3.1.

¹⁴ Santucci, Gianni, *op. cit.*, p. 115.

¹⁵ *Ibidem*, p. 118.

¹⁶ *Ibidem*, p. 119.

mente en el uso del término *diligentia*. Por otro lado, la *industria* también puede ser entendida como la asunción de empresas negociales riesgosas.¹⁷

En cuanto a la *gratia*,¹⁸ esta es entendida como una forma de comienzo, de garantía patrimonial, de capacidad de relaciones privadas en los ambientes comerciales,¹⁹ ya que se relacionaba con la *amicitia* en las fuentes literarias.²⁰ En tal sentido, resulta comprensible desde un punto de vista social la importancia de un socio que pudiera aportar *gratia*, porque con ella podía asegurar a los intereses comunes de la sociedad una serie de prerrogativas relevantes, como por ejemplo, la fiabilidad para el crédito con terceros, la garantía de solvencia implícita en el prestigio personal del que gozaba el socio, las posibilidades de establecer relaciones mercantiles en virtud de los conocidos y los contactos de amistades.²¹

Las distintas formas que conoció el derecho romano como contenido de la prestación de trabajo en el contrato social nos dan una idea de la amplitud de este aporte. No se trata únicamente de un trabajo mecánico o manual, sino que también comprende actitudes y capacidades muy particulares que pueden dar un empuje al negocio.

III. LOS APORTES INDUSTRIALES EN EL DERECHO DOMINICANO

La legislación codificada con la que se rige la República Dominicana desde el siglo XVII es el conjunto de códigos napoleónicos, la cual es producto de un vertiginoso proceso histórico que implicó inclusive la aplicación de la legislación francesa en su idioma original durante muchos años.²²

¹⁷ Tómese como ejemplo el fragmento D.17,2,29,1 (Ulp. 30 *ad Sab.*), que hemos analizado en el capítulo precedente.

¹⁸ Para una amplia referencia a la doctrina romanista que se ha ocupado del tema de la *gratia*, en el conocido pasaje de Próculo D.17,2,80, véase Santucci, Gianni, *op. cit.*, p. 152 n.113. El autor sostiene que el aporte de *gratia* del socio no ha sido jamás objeto de particulares discusiones en la doctrina romanista moderna, quien ha valorado más el antes mencionado fragmento en cuanto al tema del arbitraje, p. 158. Para Próculo, la fijación de las partes sociales debía hacerse por medio de un *arbitrium boni viri*. Igual parecer tiene Pomponio.

¹⁹ *Ibidem*, p. 192.

²⁰ Particularmente en las obras de Plauto. Véase *ibidem*, p. 153, n. 116.

²¹ *Ibidem*, pp. 160 y ss.

²² La imposición en la República Dominicana de los códigos napoleónicos durante el siglo XVII, fue obra de la invasión que el pueblo haitiano, en nombre de Francia, nación a la que España le cedió la parte occidental de la isla La Hispaniola mediante el Tratado de Aranjuez suscrito en el año 1777. Véase Castellanos Pizano, Víctor Joaquín, "La influencia del derecho

El Código Civil dominicano es hasta la fecha mucho más similar al *Code Civil* del 1804 que su homólogo francés de nuestros tiempos,²³ por lo que hasta cierto punto es posible afirmar que estudiar el caso dominicano es tratar con muchas de las reglas vigentes en el 1804 en Francia, en cuanto analizamos el tema desde la óptica del código civil. Ahora bien, a pesar de que en materia comercial, el código vigente sigue siendo el napoleónico, gran parte de su contenido ha sido modificado y actualizado. Tal es el caso de las disposiciones en materia societaria, que están contenidas en la actualidad, en la Ley General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada²⁴ (en lo adelante Ley de Sociedades).

A continuación veremos si la prohibición de integrar aportes industriales al capital social es absoluta (1) y cómo se distancia el ordenamiento jurídico dominicano del derecho romano con relación a este tema (2).

1. Prohibición de integrar aportes industriales al capital social: ¿una prohibición absoluta?

Sobre el tema de sociedades, el Código Civil dominicano sanciona en su Artículo 1833 que “[t]oda sociedad debe tener un objeto lícito,²⁵ y ser contraída en interés común de las partes. Cada uno de los asociados debe aportar a ella dinero u otros bienes, o su industria”.²⁶ Hasta aquí vemos la posibilidad de contribuir con la industria al interés común en el contrato de

francés sobre el derecho dominicano”, *Roma e America. Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Italia, XXV, 2008, pp. 11 y ss.

²³ Al respecto señala acertadamente Castellanos Pizano, Víctor Joaquín (*ibidem*, p. 20): “el Código Civil dominicano vigente no ha variado la estructura original tripartita del Código Napoleón, y apenas consta de 10 disposiciones más; o sea, un total de 2.290. A esta fecha, de los 2.280 artículos originales, sólo alrededor de 376 han sido objeto de abrogación o modificación expresa o tácita, lo cual revela que un total de 1.904 (o sea, casi un sorprendente 83 %) preserva la redacción original de 1804! En cambio, si bien el Código Civil francés moderno mantiene en su articulado la misma numeración básica original, el mismo consta de un libro adicional y de 527 nuevos artículos, que suman un total de 2.810, de los cuales sólo 1157 (51%) mantienen su redacción original”.

²⁴ Se trata de la Ley número 479-08, General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.

²⁵ Es claro que el requisito de la licitud del objeto social es también herencia de la jurisprudencia romana. D.17,2,57 (Ulp. 30 *ad Sab.*) “y dice Pomponio, que no se ha de olvidar, que esto es verdad solamente si la sociedad se hubiera constituido la sociedad para un delito, es constante que es nula la sociedad; porque en general se dice, que es nula la sociedad para cosas no honestas”.

²⁶ Para el análisis de este primer artículo resulta útil relacionar la intención legislativa con la regla romana que considera nulo el contrato de sociedad contraído *donationis causa*, en el sentido de que los socios deben aportar algo a la sociedad para la consecución del objetivo

sociedad, mas es necesario ver que el mismo Código Civil establece que las disposiciones relativas a la sociedad no aplican para las sociedades comerciales, pues para ellas será aplicable la Ley de Sociedades.²⁷

Por su parte, la Ley de Sociedades establece en el párrafo IV del artículo 23 que “[e]n ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios personales de los socios, los cuales, sin embargo, podrán ser compensados con prestaciones accesorias”.

No obstante, en el literal j del artículo 14, el mismo legislador pone como requisito para los estatutos de cualquier tipo de sociedad indicar “[l]os aportes industriales, en aquellas sociedades comerciales que proceda su admisión, salvo que estas informaciones estén recogidas en otro documento conforme a las reglas específicas de cada tipo societario”.

Bien, luego de la indicación antes citada del artículo 14, lo esperado es que en cada apartado sobre las distintas sociedades comerciales aparezcan las “reglas específicas” que regirán los aportes industriales, pero esta no es la realidad. De hecho, el legislador dominicano no vuelve a pronunciarse sobre los aportes en industria, en ningún tipo de sociedad en particular. Sin embargo, en el artículo 79 se prohíbe nueva vez el aporte industrial, pero esta vez la prohibición pesa sobre los socios comanditarios en el tipo social en comandita, cito: “Los aportes de los socios comanditarios siempre serán en naturaleza o en efectivo, nunca se considerarán como tales ni los créditos ni la industria personal”.

Entonces, si sabemos que por un lado la Ley de Sociedades deja claro la imposibilidad de aportar al capital social la industria de los socios, mientras por el otro indica, que los estatutos o contratos sociales deben contener la mención de los aportes industriales en las sociedades en las que aplique, no nos queda más que hacer un ejercicio de descarte.

En la República Dominicana existen las sociedades en nombre colectivo, sociedades en comandita simple y por acciones, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y sociedades anónimas simplificadas.²⁸ De todas ellas, las *intuitu personae* son las en nombre colectivo y las en

en común, pues esto es precisamente lo que otorga el derecho a participar de las ganancias de la sociedad.

La norma de la nulidad de la sociedad por causa de donación se encierra en la parte *in fine* del pasaje D.17,2,5,1 (Ulp. 31 *ad ed.*) “*No se contrae válidamente la sociedad a causa de donación*”.

²⁷ República Dominicana, Código Civil, artículo 1874: “Las disposiciones del presente título no son aplicables a las sociedades de comercio, sino en los puntos que en nada se oponen a las leyes y usos del comercio”.

²⁸ Artículo 3 (Modificado por la Ley 31-11, de fecha 11 de febrero de 2011: Se reconocerán los siguientes tipos de sociedades: a) Las sociedades en nombre colectivo; b) Las sociedades en comandita simple; c) Las sociedades en comandita por acciones; d) Las socie-

comandita, las demás son sociedades de *intuitu pecuniae*. En estas sociedades de capital, evidentemente no serán admitidos los aportes en industria, pues su característica principal es que no importa realmente la persona del socio sino más bien su aporte a la sociedad.

En cambio, en las sociedades *intuitu personae* la cuestión cambia, pues podemos inferir que el legislador dominicano se refería a ellas como las que aplicaban para el aporte en industria, pues de lo contrario no establecería una prohibición expresa para los socios comanditarios.

Si asumimos que para las sociedades personalistas el aporte podría ser industrial, y a falta de regulación expresa en la Ley de Sociedades, podríamos afirmar que el derecho común es derecho supletorio en este caso y, por tanto, las siguientes disposiciones del Código Civil le serán aplicables.

Así vemos en el artículo 1847 del Código Civil la siguiente disposición: “Los asociados que se han comprometido a aportar su industria a la sociedad, deben darle cuenta de las ganancias que hayan hecho por la clase de industria que es objeto de dicha sociedad”.

Este Artículo nos deja entrever que el socio de industria podría no dedicarse exclusivamente al oficio o trabajo, el cual aporta a la sociedad, pero sí deberá rendir cuenta de lo que produzca desempeñando la industria aportada, pues se supone que esto formará parte del beneficio a partir.

En cuanto a la determinación de la cuota que corresponderá al socio de industria, podemos inferir del Código Civil que se trata de un método consensual, pues el artículo 1853 establece lo que sucedería en los casos en los que los socios no se hubieran puesto de acuerdo al respecto. Así vemos que,

Quando el acto de sociedad no determina la parte que cada asociados ha de tener en ganancias o pérdidas, éstas serán proporcionalmente a lo que pusieron en el capital social. La parte que corresponde al que no ha llevado sino su industria, lo mismo en las pérdidas que en las ganancias, se regula del mismo modo que si lo que hubiese puesto en la comunidad fuese igual a la del socio que puso menos.

Ahora bien, si hablamos de contraprestación por el aporte industrial, tenemos que considerar necesariamente las disposiciones del artículo 23 de la Ley de Sociedades, cuyo párrafo IV ya hemos citado. En la parte principal de este artículo vemos lo siguiente:

Sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. No obstante, en el contrato de socie-

dades de responsabilidad limitada; e) Las sociedades anónimas; d) Las sociedades anónimas simplificadas (SAS).

dad o en los estatutos sociales podrán establecerse para todos o algunos de los socios prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital sin que puedan integrar el capital de la sociedad. Si no resultaren del contrato de sociedad o de los estatutos sociales, las prestaciones accesorias se considerarán obligaciones de terceros. La validez de estas prestaciones estará sujeta a las siguientes condiciones: a) Deberán ser precisadas en su contenido, duración, modalidad, retribución y sanciones en caso de incumplimiento; b) Deberán ser claramente diferenciadas de los aportes; c) No podrán ser en efectivo; y, d) Sólo podrán modificarse con la conformidad de los obligados.

Así vemos, que según la legislación dominicana, el valor de la industria del socio no es susceptible de aportación al capital social en ningún caso, mas el trabajo del socio puede ser retribuido por medio de “prestaciones accesorias”, las cuales tienen sus requisitos de validez.

2. *Distanciamiento del ordenamiento dominicano del modelo del derecho romano*

A este punto, no está de más recordar que la prohibición que se hace hoy día a los socios sobre el aporte industrial se debe a algo que los romanos no conocieron, esto es, la personalidad jurídica de las sociedades; esa ficción que hace a las sociedades titulares de un capital social al cual se integrarán los aportes, mas que no necesariamente será igual al activo social.

Ese capital social, que será el punto de partida para el desenvolvimiento de las actividades sociales, debe estar integrado por bienes en naturaleza o por efectivo, pues de lo contrario se desvirtuaría toda norma contable y la sociedad se vería en serios problemas para manejar su contabilidad y sus finanzas. Esto no sucedía en el derecho romano, pues en aquel tiempo la sociedad era un contrato consensual que no creaba una personalidad distinta de la de los socios y que no poseía un patrimonio con los complejos componentes y fórmulas que lo rigen hoy en día.

Esto nos dice, que aunque evidentemente el derecho dominicano se ha distanciado del derecho romano en cuanto a la posibilidad de admitir al socio que aporta su trabajo para la conformación de un contrato de sociedad, esto es así porque el contrato mismo ha cambiado. La sociedad como la concebimos hoy día no es igual a la *societas* romana. Cabe entonces preguntarnos, ¿significa este distanciamiento un retroceso para el derecho dominicano?

La respuesta, en nuestra opinión, es positiva, pues también en el mundo actual hay cabida al trabajo valioso, al *know how* que es capaz de desarrollar negocios lucrativos sin la necesidad de que quien lo posea tenga también

capital. Las sociedades comerciales, más que capital o bienes en naturaleza, requieren de talento humano, de trabajo y perseverancia. Si sometemos a todos los socios a la obligación de tener que aportar o su dinero o sus bienes, no daremos paso al aporte verdaderamente significativo.

Ahora bien, esto no quiere decir que determinar la cuota de quien aporta su trabajo sea tarea sencilla. Por el contrario, quien aporta su trabajo tiene una seria desventaja (a todas luces natural) y es que mientras el socio capitalista puede perfeccionar su aporte inmediatamente se crea la sociedad, el socio de industria solo podrá perfeccionar el suyo hasta que termine de desarrollarlo dentro de un ejercicio social determinado.

Ante la dificultad de determinar desde el inicio del contrato la cuota que corresponde al socio de industria, puede haber muchas salidas. Una de ellas sería dejar en manos de un árbitro (y esto nos lleva a la solución de Próculo) la decisión sobre la cuota que debería conferirse. Otra solución, quizás un poco mejor adaptada a la realidad actual, sería que los socios suscriban un contrato *escrow* por medio del cual se establezcan los estándares o metas que deba alcanzar el socio de industria para alcanzar una cuota del beneficio al final del ejercicio social.

En fin, lo que realmente consideramos inaceptable es que el socio de industria no tenga un rol al nivel de los socios capitalistas en las sociedades *intuitu pecuniae*. Aunque, probablemente la solución dada por el legislador dominicano haya obedecido al hecho de que la única forma de comprometer al socio de industria en caso de pérdidas, sería la responsabilidad ilimitada, es decir, aquella en la que se incluye su patrimonio personal. Pero en el mundo de los negocios definitivamente una sociedad anónima y una sociedad de responsabilidad limitada abren más puertas que una sociedad en comandita (tal es el caso dominicano), entonces el aporte de industria queda fuera de la práctica societaria y muchos socios cuyo aporte real se hace en industria, se ven forzados a aportar una mínima parte del capital para cumplir los requisitos de ley.

IV. CONCLUSIONES

- En el derecho romano se discutió la posibilidad de reconocer el aporte en industria o de trabajo en el contrato de sociedad. Esta discusión fue superada con la opinión de Servio Sulpicio Rufo, para quien la labor puede ser incluso más preciosa que el capital aportado.
- Las fuentes romanas nos indican que existen varios contenidos para

el aporte industrial. Vimos específicamente la *gratia*, la *industria* y la *opera*. *Gratia* se relaciona con *amicitia*, en tanto que indica esa capacidad de una persona, de iniciar un negocio por medio de buenas relaciones sociales y comerciales. *Industria* es una actitud positiva de alguien que tiene la intención de desempeñar una labor de manera escrupulosa y diligente. Mientras que *opera* es la forma más común para referirnos al trabajo prestado.

- El derecho societario dominicano no es muy claro con relación a cuáles son los vehículos societarios que permiten la integración del aporte industrial, pero sí puede inferirse a partir de una serie de normas que se refieren al particular. Lo que sí queda fuera de discusión es que, en ningún caso el aporte industrial puede formar parte del capital social, lo cual puede verse como una forma de resguardar las normas de contabilidad, el patrimonio social e incluso como una garantía a los terceros que se relacionen con la sociedad.
- El distanciamiento del ordenamiento jurídico dominicano del modelo romano en cuanto al tema que nos ocupa es evidente. Esto trae ciertas desventajas, pues en el mundo actual el *know how* y el trabajo de un socio pueden ser tan valiosos como los aportes en capital y en naturaleza.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARNÒ, Carlo, *Il contratto di Società*, Italia, G. Giappichelli, Anno Accademico 1936-37-XV.
- CASTELLANOS PIZANO, Víctor Joaquín, “La influencia del derecho francés sobre el derecho dominicano”, *Roma e America, Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, núm. XXV, Italia, 2008.
- DE ROBERTIS, Francesco M., *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Italia, 1946.
- FIORI, Roberto, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilista (Seconda parte), Modelli Teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Italia, Jovene editore, 2011.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L. (trad.), *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera parte. Instituta – Digesto*, Barcelona, Jaime Molinas, Editor, 1889, 988 pp.
- SANTUCCI, Gianni, *Il socio d’opera in Diritto Romano, Conferimenti e responsabilità*, Italia, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Italia, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

TALAMANCA, Mario, *s.v. 'Società' (Diritto romano)*, en *E.D.*, Italia, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, vol. XLII, pp. 814 y ss.

CONTRARIUS CONSENSUS Y CONTRATO ELIMINATORIO EN EL DERECHO LATINOAMERICANO*

Roberta MARINI

SUMARIO: I. *El modelo del derecho contractual moderno*. II. *El modelo del derecho romano*. III. *El derecho contractual latinoamericano*. IV. *Breves reflexiones conclusivas*.

I. EL MODELO DEL DERECHO CONTRACTUAL MODERNO

El jurista moderno que en la actualidad se plantea la reflexión sobre el mutuo disenso lo entenderá, en la mayoría de los casos, como lo que podría llamarse un contrato ‘eliminador’, el cual es para todos los efectos, un verdadero contrato.¹

En este sentido, resulta emblemático el ejemplo del artículo 1321 Código Civil italiano (Cc.It.) de 1942 que contiene la definición de contrato: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.²

* La traducción en español estuvo a cargo de la Dra. Paula Natalia Robles Bacca.

¹ Con tal propósito veáanse Rescigno, Pietro, *Manuale di diritto privato italiano*, Italia, Ipsoa, 2000, p. 266; Luminoso, Angelo, *Il mutuo dissenso*, Italia, Giuffrè, 1980, pp. 1 y ss.; Franzoni, Massimo, s.v. “Mutuo dissenso”, *Enciclopedia giuridica*, Istituto della enciclopedia italiana fondato da Giovanni Treccani, Italia, 1998, Vol. XX, pp. 1 y ss.; Sacco, Rodolfo y De Nova, Giorgio, *Il contratto*, II, Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco, 3ª ed., Italia, UTET, 2004, p. 730, en el cual se refiere que “*si tratta di una lettura ideologica, che muove dall'idea che il mutuo dissenso è un contratto*”.

² En el mismo sentido ya el Cc.It./1865 el cual, en general ‘más respetuoso’ que el Cc.Fr./1804, se apartaba del punto, conteniendo una definición amplia de contrato que explícitamente le reconocía no sólo la capacidad de crear obligaciones, sino también de ex-

El verbo ‘*estinguere*’ permite entender claramente que a los particulares les es consentido poner fin a la relación disponiendo en sentido inverso de cuanto había sido precedentemente pactado.

El artículo mencionado, leído junto con el artículo 1372 de la misma codificación con base en el cual “*il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge [...]*” no deja lugar a dudas acerca de la fuerza reconocida a la autonomía privada para extinguir el vínculo contractual.

En el derecho contemporáneo, se ha visto una expansión de carácter iusnaturalista³ de la categoría contractual, con la consiguiente inclusión en esta última del acuerdo eliminatorio del vínculo precedentemente creado por las partes, que permite a las mismas disolver, bajo el fundamento de la supremacía de la autonomía privada, un conjunto de intereses ya cristalizados. No considero que sea casual el hecho de que también, esta sea la vía escogida, más o menos recientemente, por los proyectos de unificación ó armonización del derecho contractual, los cuales igualmente reconocen al contrato la función no solamente de crear sino también de extinguir la obligación.

Si bien no es esta la sede para hacer una descripción detallada del panorama de los referidos proyectos, resulta, no obstante, ejemplificativo recordar brevemente la posición asumida en materia de mutuo disenso por el *Progetto*

tinguiras, definiéndolo en el artículo 1098 como “*l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico*”; señalaba la novedad sobre el particular Brugi, Biagio, *Istituzioni di diritto civile*, Italia, S.E.L., 1923, p. 513; sobre el proceso de codificación italiano en general me limito a referir Coing, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Alemania, Verlag C.H. Beck, t. III.1, 1982, pp. 177 y ss. Con relación al Código Civil francés, resulta pertinente en esta sede subrayar la reciente reforma del derecho contractual, el cual luego de fuerte resistencia, modificó el artículo 1101 en el sentido que “*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*” (cfr. *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* con la cual el Gobierno francés dio cumplimiento a la ley n. 2015-177 del 16 de febrero de 2015, la cual le delegaba la tarea de modernizar y simplificar el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones; reforma en vigor desde el 1 de octubre de 2016. No es este el lugar para afrontar la configuración asumida por la varias codificaciones sucesivas, europeas y no europeas, que han representado una adopción o en todo caso una adaptatación de este Código, para lo cual se reenvía a Esborraz, David Fabio, “Los alcances del contrato en el subsistema jurídico latinoamericano”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 33, Italia, 2012, pp. 221 y ss.

³ Cfr. *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus. Par M. Domat, Avocat du Roi au Siège Présidial de Clermont en Auvergne*, Nouvelle édition, Francia, 1771, t. I, p. 1 (part. 1, lib. 1, tit. 1, sez. 1, n. 2 – *Définition de la convention*) ‘*La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entr’elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer*’.

italo-francese delle obbligazioni e dei contratti de 1927,⁴ el cual en el artículo 1 definía el contrato como “*l'accordo di due o più persone per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico*”. La misma definición fue reproducida después en el *Code International des Obligations* de 1937 elaborado por Francesco Consentini, según el cual en el artículo 1º el contrato es “*accord de deux ou plusieurs personnes pour créer, modifier ou éteindre un rapport juridique*”.⁵

En el mismo sentido, de manera más o menos evidente, pero más recientemente:

1) Los *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* los cuales en el artículo 3.1.2 (*Validity of mere agreement*) establecen “*A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement*”.⁶

2) Los *Principles of European Contract Law* (PECL) de la denominada comisión Lando,⁷ los cuales aunque no contienen una definición explícita de contrato sí le reconocen en todo caso, aunque indirectamente, un campo de aplicación amplio como se concluye de lo dispuesto por el artículo 2:106 [1º] “*(Written Modification only) A clause in a written contract requiring any modification or ending by agreement to be made in writing establishes only a presumption that an agreement to modify or end the contract is not intended to be legally binding unless it is writing*”.⁸

⁴ Recientemente publicadas dentro de la *Rassegna forense. Quaderni*, cfr. Alpa, Guido y Chiodi, Giovanni (coord.), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Italia, 2007.

⁵ Cfr. Cosentini, Francesco, *Code international des obligations en 3115 articles: perfectionnement et ampliation du projet franco-italien de Code des obligations et des contrats (1927) en vue de l'unification des législations civiles et commerciales sur des bases internationales*, Francia, Institut américain de droit & de législation comparée, 1937.

⁶ El cual debe ser leído junto con el artículo 1.3 “*(Binding character of contract) A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles*”. Cfr. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Italia, 2010. Es posible seguir el trabajo del Instituto UNIDROIT y consultar el texto de los Principios en la dirección web: <http://www.unidroit.org/>.

⁷ Cfr. *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Holanda, 1999; en cierta manera inspirados en los *restatements* degli Stati Uniti. Sobre el proceso de formación y sobre las características generales de los PECL, Luchetti, Giovanni y Petrucci, Aldo (coord.), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Italia, Pàtron Editore, 2006, pp. 13 y ss.

⁸ La decisión de no definir explícitamente el contrato deriva, en ambos casos, de la conocida dificultad de encontrar en este aspecto un compromiso entre los países del *common law* y aquellos del *civil law*. Al contrario, tomó una postura diversa el Código europeo de los contratos, cfr. punto 3) y siguientes.

3) El *Code européen des contrats* obra de la Academia de iusprivatistas europeos⁹, que en el título I del libro I, en el artículo 1.1 (*Définition*), dispone explícitamente “*Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique [...]*” y asume por lo tanto una posición muy cercana a la prevista por el Cc.It./1942.¹⁰

4) El *Avant-projet d'Acte uniforme sur le Droit des contrats* de la *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA)¹¹ que en el artículo 1/4 dispone “*(Force obligatoire du contrat): Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées par le présent Acte Uniforme*”, contiene una disposición muy similar a aquella de los *Principles Unidroit*.¹²

5) Posición similar, más o menos expresamente, también la acogida por el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹³ en el artículo 1:101 (1) “*(Meaning*

⁹ Cfr. Académie des Privatistes Européens, Gandolfi, Giuseppe (Coord.), *Code européen des contrats. Livre I, Avant-projet*, Italia, 2004 y *Code européen des contrats, Livre I, Avant-projet, Vente et contrats collatéraux*, Italia, Giuffrè, 2007. Es posible seguir el trabajo de la Académie des Privatistes Européens en la dirección web <http://www.eurcontrats.eu/index.php/lacademie>. Sobre los Proyectos y grupos de trabajo referidos véase Knütel, Rolf, “Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 27, Italia, 2009, pp. 17 y ss. y en particular pp. 20 y ss.

¹⁰ Excepción hecha en el caso relativo a la previsión explícita de la posibilidad de ‘modificar’ la relación jurídica, posibilidad que hoy, la mayor parte de la doctrina italiana, considerada integrada dentro del ‘regolare’ del citado artículo 1321 del Cc./1942 sobre el cual se puede consultar nuevamente el trabajo de Deiana, Giommara, “Contrarius consensus”, *Rivista di diritto privato*, núm. 9, Italia, 1939, Iª Parte, pp. 144 y ss. En el *Rapport introductif* a este proyecto se refieren como fuente tanto el artículo 1321 del citado Cc.It./1942 (cfr. *supra*) como el artículo 1 del *Contract code* redactado por H. McGregor por encargo de la *Law Commission* inglesa entre 1966 y 1972 (“*an agreement between two or more persons which the law recognises as creating, altering or extinguishing rights and duties*”), cfr. Académie des Privatistes Européens, Gandolfi, Giuseppe (coord.), *op. cit.*, nota 9, pp. 93 y ss.

¹¹ Al respecto Mancuso, Salvatore, *Diritto commerciale africano (OHADA)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Italia, 2009, pp. 29 y ss. en general en lo relativo a la génesis y los objetivos OHADA, y en particular sobre el derecho contractual pp. 493 y ss.; véase también Moore Dickerson, Claire (coord.), *Unified Business Law for Africa. Common Law Perspectives in Ohada*, Inglaterra-Estados Unidos de América, GMB Publishing Ltd., 2009.

¹² Sobre la influencia de los Principios UNIDROIT véase de nuevo Mancuso, Salvatore, *op. cit.*, pp. 494 y ss.

¹³ En el ámbito de su ‘6° PQRST’ la Comisión europea tiene, de hecho, confiado a un grupo de estudiosos (*Réseau commun pour le droit des contrats européens*) el encargo de elaborar un cuadro común de referencia para el derecho europeo de los contratos. El *DCFR* fue publicado (también sobre la base de los *PECL*) en una versión provisional en el 2008 y en una definitiva en el 2009, cfr. von Bar, Christian y Clive, Eric (coords.), *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition*, Alemania, Sellier, 2009. La lengua usada es el inglés y la esfera cubierta es muy amplia. Es posible seguir las varias etapas de evolución de este proyecto en continuo devenir en el sitio oficial de la UE, cfr. europa.eu/index_it.htm; sobre las

of «contract» and «juridical act»): *A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act*".¹⁴

Paralelamente, y únicamente para hacer un ulterior pero significativo ejemplo, es la posición adoptada incluso por el artículo 2 de la Ley china sobre los contratos del 15 de marzo de 1999, en el cual se dispone "Para los fines de esta ley, por contrato 合同 (*hetong*) se entiende un acuerdo 协议 (*xieyi*) para constituir, modificar o extinguir relaciones civiles de tipo obligatorio entre personas físicas, personas jurídicas u otras organizaciones, en calidad de sujetos paritarios".¹⁵

II. EL MODELO DEL DERECHO ROMANO

El sistema contractual actual difiere sustancialmente del modelo propio del derecho romano, en el cual la posibilidad de extinguir el vínculo contractual a través de un simple acuerdo era reconocida a las partes sólo dentro de

varias posibilidades para la realización de un *European Contract Law* véase también la contribución de Alpa, Guido, *Competition of Legal System and Harmonization of European Private Law. New Paths in a Comparative Perspective*, Alemania, SELP, 2013, pp. 51 y ss. y 83 y ss.

¹⁴ Especificando en los *Comments* en el relativo artículo el punto A. como "*The definition in the Article covers not only an agreement which is intended to create rights and obligations but also an agreement which is intended to have some other legal effect. For example, an agreement to vary the terms of an existing contract, or to terminate an existing legal relationship between the parties [...]*" para referir de nuevo en las relativas *Notes* al punto I.1., entre otros, el artículo 1321 del Cc.It./1942 el cual subraya como "*expressly refers to modifications and terminations of contract*"; el referido artículo debe ser leído en conjunto con el sucesivo artículo 1:103 "*(Binding effect): (1) A valid contract is binding on the parties. (2) A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance. (3) This article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law*" en los *Comment* en el punto D., también se confirma como el "*Paragraph (3) is added to make it clear that the fact that a contract or juridical act can create obligations does not mean that those obligations cannot be modified or terminated by agreement between the debtor and the creditor or as provided by law*", *cfr.* von Bar, Christian y Clive, Eric (coords.), *op. cit.*, nota 13, en orden 125 punto A., 126 punto I.1. y 134 punto D. Sobre el campo de aplicación reconocido al contrato en el interior del *DRAFT* véase Luchetti, Giovanni y Petrucci, Aldo (coords.), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Italia, Patron Editore, 2010, pp. 63 y ss.

¹⁵ Recibiendo de esta manera una definición de contrato extraña al derecho tradicional chino y propia, más bien, de la tradición civilística fundada en el derecho romano pero que se une bien con las exigencias modernas chinas vinculadas a la transformación de una economía planificada a una economía de mercado. Sobre este punto por todos Cardilli, Riccardo, "Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用", *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di F. Castro*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, t. II, pp. 153 y ss.

ciertos límites y subordinada al rígido requisito de la *res integra*, es decir, a la absoluta inejecución de las prestaciones a cargo de las partes.¹⁶

El *contrarius consensus* no fue pensado jamás como un contrato por los romanos. Esta postura se evidencia claramente si se presta atención a toda la reflexión jurisprudencial que, a partir de Q. Mucio en el notable contenido de D.46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*) ‘justifica’ la disolución por *contrarius consensus* del contrato consensual constituido por el ‘mero consenso’ sobre la base de la antigua regla del *actus contrarius*.¹⁷

D.46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*) *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

En el referido lema muciano¹⁸ la regla del *actus contrarius*, con base en la cual aquello que con el mero consenso puede ser constituido, a través del

¹⁶ Por otra parte, con tal propósito, considero se debe subrayar cómo, al contrario, en el derecho actual la referida expansión de la categoría contractual haya determinado en los códigos civiles modernos la superación de la condición de la *res integra*, que parece más bien encontrar en los mismos, espacio en el más angosto ámbito del recesso unilateral, como resulta probado, por ejemplo, con la evocación del ‘principio de ejecución’ contenido en el artículo 1373 del Cc.It./1942 con base en el cual “*Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. È salvo in ogni caso il patto contrario*”. Sobre el asunto Cardilli, Riccardo, “*Iulianus XV digestorum (D.18.5.5.1-2) e i limiti al contrarius consensus*”, *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Alemania, C.F. Müller Verlag, 2009, p. 147.

¹⁷ Sobre lo cual Liebs, Detlef, “*Contrarius actus. Zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags*”, *Symptica Franz Wieacker Sexagenario Sasbachwaldeni a sui libata*, Vandenhoeck & Ruprecht, Alemania, 1970, pp. 111 y ss.; Knütel, Rolf, “*Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht*”, *ZSS*, núm. 88, Alemania, 1971, pp. 67 y ss.

¹⁸ Se trata, como es sabido, de un pasaje cuya paternidad fue muy discutida, sobre todo en el pasado, además de ser una fuente esencial para la reconstrucción del concepto romano *contrahere/contractus*, en torno al cual se ha desarrollado en un sentido y en el otro una copiosa bibliografía de la cual no es posible dar cuenta en esta sede. Para el aspecto que a nosotros interesa, es decir, el de *solvere obligationem* se reenvía a Fiori, Roberto, “*Contrahere eolvere obligationem in Q. Mucio Scevola*”, *Fides, Humanitas Ius, Studi in onore di Luigi Labruna*, Italia, Editoriale Scientifica, 2007, t. III, pp. 19 y 55 ss., el cual considera el pasaje integralmente atribuible a Q. Mucio, incluso en la parte final. Más dudosos en ese sentido, por su parte, Knütel, Rolf, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Alemania,

mero consenso puede ser igualmente disuelto, es enunciada primero en vía general (*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*) y luego concretizada en las *obligationes contractae* concluidas *re, verbis*,¹⁹ muy probablemente *litteris*,²⁰ y *consensu*.²¹ Con relación a estas últimas, en la frase final de la fuente, se afirma

Bohlau, 1968, pp. 10 y ss.; Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, Italia, G. Giappichelli Editore, 1992, t. I, pp. 24 y ss.; Santoro, Raimondo “Su D.46.3.80 (Pomp. 4 ad *Quintum Mucium*)”, *AUPA*, núm. 55, Italia, 2012, pp. 555 y ss. Sobre la fuente y en lo que hace a la paternidad muciana del pasaje, recientemente Cardilli, Riccardo, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Italia, Jovene, 2016, pp. 288 y ss.

¹⁹ La presunta inchoencia que en el texto se referiría a las *obligationes verbis contractae* —para las cuales se dice que estas puedan ser disueltas bien *re*, bien *verbis*— puede ser suficientemente explicada considerando que sobre el punto el jurista republicano haya querido evidenciar la intersección entre el cumplimiento y la disolución independientemente de la prestación, recordando primero, cómo la remisión del débito se realiza *verbis*, a través de la *acceptilatio* e inmediatamente después, agregando que también se puede *solvere re*. En este sentido, por todos, Fiori, Roberto, *op.cit.*, nota 18, pp. 1965 y ss.

²⁰ Sobre la supresión de la referencia a las *obligationes litteris contractae*, coherentemente con la perspectiva justiniana sobre la materia, véanse Kaser, Max, “Gaius und die Klassiker”, *ZSS*, Alemania, núm. 70, 1953, p. 161 nt. 129; Kaser, Max, “Divisio obligationum”, *Studies in Justinian’s Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, Sweet & Maxwell, Inglaterra, 1983, p. 77, notas 24 y 28; Grosso, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Italia, G. Giappichelli Editore, 1963, pp. 91 y ss. y 137 y s.; Cannata, Carlo Augusto, “La ‘distinctio’ re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique”, *Sein und Werden im Recht. Festgabe Ulrich von Lübtow*, Alemania, Duncker & Humboldt, 1970, p. 441; Cannata, Carlo Augusto, “Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit”, *Collatio iuris romanis. Études* H. Ankum, Holanda, J. C. Gibien éditeur, 1995, t. I, p. 60, nota 8; Schiavone, Aldo, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Italia, Laterza, 1992, p. 55; Schiavone, Aldo, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Italia, Einaudi, 2005, p. 182; Gallo, Filippo, *op. cit.*, nota 18, p. 30; Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianeae*, Italia, Giuffrè, 2002, pp. 153 y 155 en particular nota 34; Cascione, Cosimo, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale prospettive sistematiche*, Italia, Editoriale Scientifica, 2003, pp. 408 y 410; Fiori, Roberto, *op. cit.*, nota 18, p. 1958.

²¹ Si bien estas últimas se consideran no todavía desde el punto de vista de la categoría, dado que habla, por otra parte, aún de la paternidad muciana de toda la fuente, incluida la discutida frase final. Resta valor a esta postura el testimonio ciceroniano Cic. *De off.* III, 17, 70, “*Nam quanti verba illa ‘UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM’ quam illa aurea «UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE». Sed, qui sint 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 manere latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis statueret, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*” (sobre la fuente Cardilli, Riccardo, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, 3ª ed., Italia, G. Giappichelli Editore, 2014, pp. 57 y ss.), en la cual la “*scomposizione della compravendita e della locazione-conduzione*” se atribuye precisamente a Q. Mucio, cosa que, como fue oportunamente subrayado, excluye en relación al pasaje en consideración, sea la “*congettura della manipolazione postclassica o giustiniana*” sea aquella

que, análogamente a como sucede en los otros casos (es decir, aquellos ya conocidos por el *ius civile* y apenas referidos: *re, verbis, litteris*), aquello que con el simple acuerdo podía ser constituido —‘*nudus consensus*’ se lee en el texto exactamente para indicar el consenso privado de cualquier ‘envoltura’ formal—²² a través del simple acuerdo podía igualmente ser disuelto (*Aequum cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*).²³

Postura que se encuentra también en Sabino en D.50,17,35 (Ulp. 48 *ad Sab.*),²⁴ en Gayo en D.50,17,100 (Gai. 1 *reg.*)²⁵ y en las instituciones de Justinia-

de la “*scappatoia dell’errore di un copista*”, así Gallo, Filippo, *op. cit.*, nota 18, p. 36. Sin embargo, sobre este asunto, véanse también las importantes consideraciones de Fiori, Roberto, *op. cit.*, nota 18, p. 1962, quien, sin negar la paternidad muciana de la fuente, pone de presente como “*il passo di Cicerone non può essere assunto come testimonianza per un uso linguistico repubblicano, posto che il manoscritto ciceroniano non aveva segni di interpunzione cosicché potrebbe immaginarsi anche una scansione del tipo ...rebus emptis venditis, conductis locatis... Sia perché ancora in Gaio si trovano espressioni come emptio et venditio oppure locatio et conductio (3.139 y ss.), ecc., segno di un uso linguistico diffuso e non circoscrittibile ad epoche determinate*”.

²² Es decir, con el adjetivo *nudus* colocado junto a *consensus* se limitaba a indicar el modo más común de manifestación de la voluntad, si bien la categoría de las obligaciones *consensus contractae*, a diferencia de las otras, aún no se hubiese perfilado, *cf.* nota anterior.

²³ Se trata, al menos por cuanto sabemos, de la primera ‘recepción’ del *contrarius consensus* como medio de disolución de los contratos consensuales, sobre la base de la más antigua ley de la simetría. En esta perspectiva no parecería casual que el primer jurista en llevar a cabo este razonamiento haya sido justamente Quinto Mucio en el ámbito del razonamiento lógico de género-especie que, como sabemos por Pomponio, distinguía la elaboración jurisprudencial del jurista *cf.* D.1,2,2,41 (Pomp. *ench.*) *Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo*, sobre el cual Schipani, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, 2ª reimpression actualizada, Italia, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 199 y ss.

²⁴ “*Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensus dissolvitur*”, en la cual la regla general del *actus contrarius* es, de manera similar a cuanto sucede con D.46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*), primero enunciada en forma general y luego concretizada a través de ejemplos que en el caso de la fuente *de qua* están representados por las obligaciones contratadas *verbis* y *consensu*. Sobre el pasaje, que con referencia al *nudus consensus* evoca el lema muciano ya referido véanse con diversas posiciones Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, pp. 15 y ss.; Gallo, Filippo, *op. cit.*, nota 18, pp. 35 y ss. En lo que hace a la relación entre *capita* mucianos y las *Masuri rubricae* Schulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza*, Trad. G. Nocera, Italia, Sansoni, 1968, pp. 277 y ss.

²⁵ *Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure perunt*. Se trata de una fuente proveniente de los *Regularum libri III* gayanos en la cual, en sintonía con el carácter de la obra (sobre lo cual Schulz, Fritz, *op. cit.*, nota 24, pp. 307 y ss., en particular p. 309) el principio de la correspondencia entre forma de constitución y forma de disolución viene enunciado con carácter general, sin sucesivas concretizaciones ejemplificativas, ni limitaciones vinculadas sólo a las *obligationes contractae*. Sobre el pasaje y sobre las perplejidades que este presenta Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, pp. 3 y ss. y Gallo, Filippo, *op. cit.*, nota 18, 25 nt. 11.

no I.3,29,4²⁶ como testimonios de toda una línea jurisprudencial que ‘recibía’ el *contrarius consensus* como acto contrario del contrato consensual, fundándolo precisamente sobre la ley de simetría.

Es importante poner de relieve que la diversa postura que se encuentra en esta línea jurisprudencial que, desde el siglo I d.C. con Aristón²⁷ y luego aún más intensamente desde la época de los Antoninos, se centra en la dialéctica *contrarius consensus-pacisci*, parece acoger tal dialéctica en un contexto lleno de implicaciones, aunque en todo caso respetando el límite de la tipicidad contractual (*‘Tipenzwang’*) y dando prevalencia a la realidad del contrato celebrado. En este sentido, se presenta la rigurosa postura de Juliano sobre el requisito de la *res integra* contenido en D.18,5,5,2 (Iul. 15 *dig.*);²⁸ la opinión de Pomponio contenida en D.18,5,2 (Pomp. 24 *ad Sab.*)²⁹ y en

²⁶ “*Hoc amplius eae obligationes, quae consensus contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederet ab emptione et venditione, invicem liberantur. idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensus descendunt, sicut iam dictum est*”. Se trata de una fuente traída del vigésimo nono título del libro tercero de las Instituciones justinianeas, en las cuales el objeto del análisis son los modos de extinción de las obligaciones (*Quibus modis obligatio tollitur*); el pasaje, haciendo excepción del requisito de la *res integra*, aclara que las obligaciones *consensu contractae* se disuelven por mutuo disenso, a través de una *contraria voluntas*. Sobre la fuente y sobre los problemas que presenta Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, pp. 17 y ss.

²⁷ *Cfr.* D.2,14,58 (Ner. 3 *membr.*) sobre el cual *infra*.

²⁸ *Mortuo autem nomine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt*, en el cual se pregunta sobre cales sean los efectos de la *conventio* eliminatória cuando esta intervenga *mortuo homine*. Es decir, el problema que Juliano parece ponerse en la fuente es cuál sea el valor que deba reconocerse a la autonomía de las partes (expresada a través de un *pactum ex intervallo*) en relación a la disolución de la *emptio venditio* una vez, que muerto el esclavo, la ejecución de la prestación principal del vendedor haya resultado imposible; a la misma conclusión llega también en el caso de que el siervo hubiera sido consignado - la elección rigurosa del jurista, contenida en el pasaje *de quo*, de equiparar la muerte del siervo al acaecimiento de la *traditio* del mismo es, sin duda, significativa al interior de la dialéctica entre *contrarius consensus* y *pacisci* y bien testimonia una configuración para la cual la realidad del contrato concluido prevalece sobre la autonomía de las partes. Sobre el pasaje Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 16, p. 147 y ss.

²⁹ “*Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emptione (potest enim, dum res integra est, conventionem nostram infectam fieri emptio) atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit. sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptionem repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus*”. El caso analizado por el jurista es el de una compraventa sucesiva del mismo objeto y entre los mismo contrayentes, pero por un precio diverso. El objeto de la reflexión parece, por lo tanto estar dirigido a indagar cuándo y dentro de cuáles límites, se pudiese admitir la eficacia del acto igual y sucesivo. Pomponio parece servirse específicamente del *contrarius consensus*, en este caso tácito, para resolver la cuestión, leyendo el acuerdo con el cual las partes dan vida al segundo contrato como expresión de

D.2,14,7,6 (Ulp. 4 *ad ed.*)³⁰ respectivamente sobre el así denominado *contrarius consensus* tácito y sobre aquel parcial; la reflexión de Papiniano sobre los *pacta adiecta in continenta e in ex intervallo* y la respectiva nota de Paulo también en materia de *contrarius consensus* tácito o implícito contenida en D.18,1,72 pr. (Pap. 10 *quaest.*);³¹ la reflexión paulina contenida en D.2,14,27,2 (Paul. 3 *ad ed.*)³² sobre la eficacia modificatoria de los pactos adjuntos; y en D.18,5,3

dos diversas disposiciones: la primera se concretiza en un pacto dirigido a dejar sin efectos el primer contrato concluído entre las partes, claramente mientras que este no haya sido aún ejecutado (*potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio*) y viene, por lo tanto, evidentemente entendida como un *contrarius consensus*, aunque implícitamente expresado; la segunda, contenida en el mismo acto de las partes viene a ser entendida, precisamente porque el primer contrato ha sido reducido a la nada a través del *contrarius consensus*, como un nuevo contrato de compraventa, una *emptio repetita*. Sobre el pasjae Lambrini, Paola, “Brevi riflessioni in tema di patti modificativi”, *Studi per Giovanni Nicosia*, Italia, G. Giappichelli Editore, 2007, t. IV, pp. 305 y ss.

³⁰ *Adeo autem bonae fidei iudiciis pactiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit [...]*, en el cual es nuevamente Pomponio quien justifica el así llamado *contrarius consensus* parcial, o modificatorio, precisamente sobre la base de la ya reconocida, para este momento del desarrollo jurisprudencial, posibilidad de eliminación total del contrato consensual. Sobre el pasaje Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, pp. 70 y ss.

³¹ *Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse. quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur*, en el cual Papiniano evidencia tener una idea muy refinada de la voluntad de las partes, a la cual resulta reconocida, en el razonamiento del mismo, la fuerza de abarcamiento incluso en relación con aquellos *pacta ex intervallo quae detrahunt aliquid emptioni*. Sobre la fuente y sobre su relación con D.2,14,7,6 (Ulp. 4 *ad ed.*) véase Cardilli, Riccardo, “Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra *natura contractus e forma iuris*”, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato III*, Italia, Jovene Editore, 2008.

³² “*Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio eliditur. eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit. sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit postea paciscendo ut agere possit, agere: quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum. quod et in specie dotis actionis procedere potest. puta pactam mulierem, ut praesenti die dos redderetur, deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato dos reddatur: incipiet dos redire ad ius suum. nec dicendum est deteriolem conditionem dotis fieri per pactum: quotiens enim ad ius, quod lex naturae eius tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. haec*

(Paul. 33 *ad ed.*)³³ sobre los efectos del *contrarius consensus* en el contrato con relación a las denominadas relaciones accesorias.

Tampoco en esta segunda fase, en la cual seguramente los juristas romanos reconocieron un amplio margen de acción a la voluntad de las partes para deshacer todo cuanto había sido precedentemente establecido (o de modificarlo), al *contrarius consensus* se le consideró nunca como un contrato y el requisito de la *res integra* se mantuvo siempre como presupuesto esencial para la operatividad del acuerdo eliminatorio, y como testimonio de una prevalencia reconocida a la *obligatio contracta* incluso en desmedro de la autonomía privada.

Fundamental a este respecto, es el texto de Neracio reproducido en

D.2,14,58 (Nerat. 3 *membra*). *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitisses et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitisses, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restituis his, quae ego tibi praestitisses, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.*

et Scaevolae nostro placuerunt". En la fuente en la que igualmente emerge el esquema del *contractus renovatus*, Paulo se pregunta acerca de la eficacia modificatoria de los pactos agregados y la prohibición de *resuscitare obligationem*. Sobre el pasaje Lambrini, Paola, *op. cit.*, nota 29, pp. 312 y ss.; Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 31, pp. 64 y ss.

³³ "*Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerint: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit*". En el pasaje Paulo se ocupa de la eficacia de la disolución por mutuo consenso de una compraventa respecto de la estipulación de garantía y de la estipulación novatoria. Sobre la fuente se ha desarrollado igualmente una consistente literatura, en particular véase Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, que sobre la misma ha basado su reconstrucción del *contrarius consensus*. Véanse igualmente Lambrini, Paola, *op. cit.*, nota 29, p. 315; Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 31, pp. 148 y ss.

Claramente no resulta posible en esta sede, dar cuenta de los múltiples aspectos y problemas que este pasaje contiene.³⁴ Aquí es pertinente solamente relevar cómo Neracio demuestra considerar ya pacífico (*dubium non est*)³⁵ en esta etapa del desarrollo jurisprudencial, la utilización de la *conventio* como instrumento de disolución del contrato consensual mientras que este no se haya aún ejecutado.³⁶ A continuación de estos presupuestos generales el jurista nos reporta una original posición de Aristón (*Aristoni hoc amplius videbatur*),³⁷ quien habría reconocido la posibilidad de disolver por medio de *contrarius consensus* el contrato consensual incluso, con ejecución ya iniciada a través de un mecanismo que podríamos definir como de ‘restablecimiento’ de la situación originaria y por lo tanto de restablecimiento de la *res integra*. Es decir, después de la ejecución de la prestación por parte del vendedor (*Ego*) en favor del comprador (*Tu*), Aristón nos describe una situación por la cual las partes acuerdan “*ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares*”. Aún cuando se está frente a un acuerdo con el cual los contrayentes expresan claramente la voluntad de dejar sin efectos la venta, lo cierto es que el efecto extintivo no es inmediato, puesto que se considera necesaria la efectiva y previa *restitutio*. Solamente cuando el comprador hubiese dado ejecución a la restitución de todo cuanto ya estaba cumplido por el vendedor, es decir, con la situación inicial restablecida, la *conventio* eliminatória habría podido operar validamente.³⁸ Aristón, en síntesis, parecería reconstruir en sentido inverso, pero paralelo, en la fuente *de qua* un mecanismo similar a aquel de la

³⁴ Para los cuales se reenvía a Talamanca, Mario, “La ‘bona fides’ nei giuristi romani: «Leerformel» e valori dell’ordinamento”, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, Italia, CEDAM, 2003, t. IV, pp. 100 y ss.

³⁵ La misma posibilidad vendrá repetidamente confirmada y teorizada incluso más tarde por juristas, con particular insistencia por Pomponio. A título ejemplificativo se recuerdan D.2,14,7,6 (Ulp. 4 *ad ed*) en el cual es Ulpiano quien nos reporta la opinión de este jurista; D.18,1,6,2 (Pomp. 9 *ad Sab.*), D.18,5,2 (Pomp. 24 *ad Sab.*), D.46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*).

³⁶ En el texto vienen de hecho explícitamente referidas la *emptio venditio* y la *locatio conductio* así como *ceterisque similibus obligationibus*.

³⁷ Al mismo jurista reconoce “*acume ed indipendenza nella costruzione giuridica*”, Orestano, Riccardo, “Aristone Tizio”, *ANDI*, 1957, UTET, Italia, vol. I, p. 1004.

³⁸ El jurista se sirve de un razonamiento que acoge y evidencia la analogía entre *contrarius consensus* que opera en una situación de *res integra* y aquel que de la misma manera opera en una situación de *res integra* ya reestablecida y, probablemente porque percibe la necesidad dada la originalidad de la solución propuesta, funda su opinión en la *bona fides* (*Quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem amittit*). Sobre el sintagma *bonae fidei interpretatio* y sobre los problemas que este implica véase Stolfi, Emanuele, *Bonae fidei interpretatio*. *Ricerche sull’interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanistica*, Italia, Jovene, 2004, p. 29.

relevancia de la *conventio* 'atípica' con la *causa* en terminos de prestación exigida, contenida en D.2,14,7,2 (Ulp. 4 *ad ed.*).³⁹

La construcción elaborada por este jurista no tuvo, al menos por cuánto tenemos noticia, particular adherencia y los juristas sucesivos que se ocuparon de la operatividad del *contrarius consensus* lo subordinaron siempre al requisito de la total inejecución de las prestaciones, sin hacer referencia a la posibilidad aristoniana, no porque esta no fuese en sí respetuosa de la tipicidad contractual, sino probablemente porque era percibida mayormente como 'peligrosa' para la misma, en cuanto potencialmente 'erosiva'.¹⁰

III. EL DERECHO CONTRACTUAL LATINOAMERICANO

Estos dos modelos, que de manera análoga a cuanto sucede respecto de las Codificaciones europeas, parecen reflejarse también al interior de las Codificaciones latinoamericanas entre las cuales, también es posible distinguir entre aquellas que ofrecen una noción 'más restringida' de contrato, haciendo eco del modelo romano más riguroso; y aquellas que ofrecen una noción 'más amplia'.

1. Código Civil del Perú de 1852 y Código Civil chileno de 1855

En lo que hace a la primera tipología es necesario poner de relieve cómo reconocen, al menos formalmente, un campo de aplicación 'restringido' al contrato no sólo aquellos códigos que de algún modo representan una adopción (Cc.Hai./1825; Cc.RD./1845) o una adaptación (Cc.

³⁹ "Sed et si in alium contractum res non transeat. subsit tamen causa. eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem. id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio". No es esta la sede para abordar los problemas que la notabilísima fuente presenta, para lo cual se reenvía a Gallo, Filippo. *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, Italia, G. Giappichelli Editore, 1995, t. II, pp. 93 y ss.

¹⁰ Con excepción de una, aunque discutida, constitución contenida en C.4.45.1 (Imp. Gord. a Lic. Rufino) *Re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest: etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. at enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit*, que parece representar una correcta interpretación de la opinión de Aristón; sobre el pasaje Stolfi, Emanuele, *op. cit.*, nota 38, 37 nt. 28.

Bol./1830;CcCOR1861) del Código Civil francés de 1804,⁴¹ sino también la primera “Codificación iberoamericana endógena”,⁴² el Código Civil del Perú de 1852 (Cc.Per./1852, artículo 1226) así como el Código Civil chileno de 1855 (Cc./1855, artículo 1438) —junto con aquellos códigos que también, más o menos indirectamente, han realizado una adaptación de su texto: artículo 1481 Cc.Ecu./1858; artículo 1495 Cc.Col./1859; artículo 1309 del Cc.Sal./1859; artículo 1247 Cc.Uru./1867; artículo 1539 Cc.Hon./1906; artículo 1105 Cc.Pan./1916—.

Sin embargo, pese a que las dos codificaciones mencionadas limitan el campo de aplicación del contrato a la creación de obligaciones, y no lo extienden para su extinción, es necesario resaltar que la doctrina de los respectivos países ha reinterpretado el texto codificado, a veces haciendo uso de una interpretación extensiva que incluya una concepción del mutuo disenso como un contrato eliminatorio.

Respecto del arriba mencionado Código Civil peruano de 1852, ya Ricardo Ortiz de Zevallos y Vidaurre era crítico acerca de la noción de contrato contenida en el artículo 1226 del mismo código conforme al cual “Contrato es un convenio celebrado entre dos ó mas personas, por el que se obligan á dar, hacer ó non hacer alguna cosa”, sosteniendo que “el citado artículo no traduce la verdadera intención de nuestro legislador” así como haciendo explícito que el contrato es “*el resultado del acuerdo entre dos ó más personas para crear, modificar ó extinguir alguna obligación*”.⁴³

En oposición, el rol asumido por la doctrina frente al Código Civil chileno de 1855,⁴⁴ evidencia una dirección más rigurosa y fuertemente arraigada a la tradición romanística. Esto pese a que el contenido del artículo 1438 de este Código disponga que “*contrato o convención es un acto por el cual una parte se*

⁴¹ Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *La Codificación civil en Iberoamérica, Siglos XIX y XX*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, en particular pp. 289 y ss. y 307 y ss.

⁴² Cfr. *Ibidem*, nota 41, p. 329.

⁴³ Cfr. Ortiz de Zevallos y Vidaurre, Ricardo, *Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico (Comentario al libro III del Código civil de 1852)*, t. 2, E. Rosay, Perú, 1906, p. 15 y s. Se pone en correlación la referida definición con aquella del artículo 1351 del Cc.Per./1984 con base en la cual “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”, también es necesario precisar, cómo ha sido específicamente subrayado que mientras este artículo utilizó como modelo aquel del artículo 1321 del Cc.It./1942 la definición del jurista peruano parece estar más cercana a aquella contenida en el artículo 1098 del Cc.It./1865 (sobre el cual véase *supra*), al respecto Esborraz, David Fabio, *op. cit.*, nota 2, p. 236.

⁴⁴ Sobre la definición de contrato contenida en este código, también en relación con la experiencia de la codificación francesa véase Hernán Corral Talciani, “La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 12, Italia, 2001, pp. 131 y ss.

obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” con lo que se presta para una interpretación extensiva del campo de aplicación contractual, en la que los términos ‘contrato’ y ‘convención’ de la primera parte de la definición puedan ser entendidos como sinónimos, al constituirse ambos como especies del más general concepto de ‘acto’ (con la consecuente posibilidad de reconocer que este es el acto jurídico bilateral que crea, modifica y/o extingue obligaciones), la doctrina chilena ha hecho énfasis sobre todo en la segunda parte de la definición de contrato de Andrés Bello⁴⁵ limitando la noción de contrato solamente a aquellas convenciones que dan lugar al nacimiento de obligaciones.⁴⁶ Resulta significativo, a fin de evidenciar el rol que la doctrina puede desempeñar en un caso como este, hacer mención a la experiencia del Código Civil de la República de Colombia (Cc.Col./1859), el cual aunque reproduce el texto del Cc.Ch./1855⁴⁷ la doctrina colombiana, hizo un razonamiento diferente al de aquella chilena; poniendo la atención no en la segunda parte de la definición de Bello (en la cual el campo de aplicación contractual parece estar limitado únicamente a la creación de obligaciones) sino al contrario en la primera parte (en la cual el contrato se identifica con ‘convención’) de manera que la doctrina colombiana concluye consecuentemente que “*el contrato crea o extingue obligaciones*”⁴⁸ sobre la base de que la “*convención [...] es el resultado del acuerdo de dos o más personas para crear alguna obligación o para extinguir o modificar una preexistente*”.

⁴⁵ Referenciándose también a Robert Joseph Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, ed. Paris-Orleans 1761, artículo VI^o, 3, p. 6 y s. Considerado el verdadero inspirador de todas las disposiciones del código relativas a las obligaciones, *cf.* *Código Civil de la República de Chile. Introducción y Notas de Pedro Lira Urquieta. Texto concordante con los distintos proyectos de Bello*, Venezuela, Ediciones del Ministerio de educación, 1981, t. 15, pp. 377.

⁴⁶ Véanse a título ejemplificativo Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los contratos*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1936, p. 4; Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, De las Obligaciones, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1936, t. 10, vol. 1, p. 567; Hurtado, Avelino León, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 26; Abeliuk Manasevich, Rene, *Las obligaciones*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, t. 1, pp. 50 y s.; Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, t. 1, p. 9; López Santa María, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. 1, p. 70; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Manual de Derecho civil. Partes preliminar y general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, t. 2, p. 104; Ducci Claro, Carlos, *Derecho civil. Parte general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 239; Vial Del Río, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 40.

⁴⁷ Sobre la adopción del Código de Bello por los diversos Estados de la Confederación Granadina y por la actual República de Colombia, Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 41, pp. 395 y ss.

⁴⁸ Vélez, Fernando, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, vol. 6, Francia, s.f., pp. 4 y ss. Sobre el asunto ampliamente Esborraz, David Fabio, *op. cit.*, nota 2, p. 237 y ss. A quien se reenvía también para la misma orientación del Código de Comercio del 1971.

2. De Teixeira de Freitas al nuevo Código Civil de Brasil

En lo que hace al largo proceso de codificación brasileiro es posible señalar diversas orientaciones en el transcurso del tiempo.

En el artículo 1830 del *Esboço* (1860-1867)⁴⁹ A. Teixeira de Freitas establecía que “*Haverá contrato, quando duas ou mais pessoas convencionarem entre si alguma obrição ou obrigações recíprocas, a que correspondem direitos creditórios; ou modificação de tais obrigações*” excluyendo, luego, explícitamente en el artículo sucesivo las convecciones extintivas de contratos⁵⁰ y más exactamente ‘*distratos e pagamentos*’,⁵¹ así como en otra parte, el mismo jurista había demostrado distinguir netamente el mismo *distrato* del muto disenso.⁵²

⁴⁹ Al respecto véase Munir Karam, “O processo de codificação do Direito Civil Brasileiro (da ‘Consolidação’ de T. De Freitas ao projeto Beviláqua). O sistema do Esboço”, Schipani, Sandro (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Italia, CEDAM, 1988, pp. 319 y ss.; en el mismo volumen de colección se reenvía también para una visión de conjunto sobre la influencia del romanista brasileño sobre el derecho latinoamericano.

⁵⁰ Cfr. artículo 1831: “*Se convencionarem entre si a extinção de tais obrigações, ou obrigações a que não correspondam [...] haverá uma convenção jurídica, porém uma convenção que não é contrato*”.

⁵¹ En este sentido véase la “Nota” al artículo 437 en Augusto Teixeira de Freitas, *Esboço do Código civil*, Brasil, Ministério da Justiça Departamento de Imprensa Nacional – Co-edición co a Universidade de Brasília, 1983, vol. 1, p. 147. Por otra parte es posible ubicar una configuración paralela también en el Código Civil mexicano del Distrito Federal de 1928 el cual en línea con el *Esboço* y con el Código chileno de Bello, parece consagrar, similarmente, una noción más rigurosa de contrato. En el primer capítulo del primer título del libro IV, si bien en el artículo 1792 define la ‘convención’ como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” limita luego en el artículo inmediatamente sucesivo (artículo 1793) el campo de aplicación del contrato sólo a “aquellos convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos”, los cuales precisamente “toman nombre de contratos” (esta definición constituye una reelaboración de aquella contenida en los artículos 1388 Cc.Méx.DE./1870 y 1272 del Cc.Méx.DE./1884 cuya fuente inmediata se encuentra en el artículo 641 Cc.Por./1867. En relación a la influencia del Cc.Por./1867 sobre la codificación civil mexicana, para todos Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 41, p. 438). No obstante esto y también en este caso vale la pena subrayarlo, una parte de la doctrina mexicana considera la distinción entre ‘*convenio*’ y ‘*contrato*’ no sólo no reconocida por el derecho comparado sino también sin valor dado que el artículo 1859 en el mismo Código prevé como “Los disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios [...]” sobre este punto véanse a título ejemplificativo Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles. Teoría general del contrato. Contratos en especial. Registro Público de la Propiedad*, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 4 y s.; Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, México, Editorial Porrúa, 2000, p. 21, nota 8; Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *Teoría general de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 2006², pp. 69 y s.

⁵² En la *Consolidação das Leis Cíveis* en la nota al artículo 370 (“*O que se dispõe sobre os contratos, procede tambem nos distractos; e sempre que o contrato for feito por escriptura publica, o distracto não se-póde procar seiao por outra escriptura publica*”) Teixeira de Freitas precisa: “*Distracto ou distracte é la dissolução do contracto, em continuidade de effeitos, por novo contracto entre as mesmas partes; e não se*

Al contrario, en el Cc.Bra./1916⁵³ Clovis Beviláqua al comentar el artículo 1079,⁵⁴ definía el contrato como “*o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos*”⁵⁵ para luego agregar al artículo 1093 que “*o distrato faz-se pela mesma forma que o contrato. Mas a quitação vale qualquer que seja a sua forma*”.⁵⁶

El Cc.Bra./2002,⁵⁷ finalmente, parece desarrollar la línea ya definida en el Cc.Bra./1916 sin tener una definición explícita de contrato⁵⁸ (ni, coherentemente con esta configuración y como ya sucedía en el Cc.Bra./1916, una de *distrato*, limitándose a establecer en el artículo 472 que “*O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato*”)⁵⁹ y continuando a situarse, por lo tanto, como excepción en la materia, respecto de los códigos latinoamericanos,⁶⁰

confunda com dissenso, nem com mutuo dissenso. O dissenso é o arrependimento de uma só das partes contractantes, estando a caso re-integra, isto é, antes de qualquer execução do contrato. O mutuo dissenso é, n'esse estado do contrato, por ora in mente o dissenso aceito pela outra parte”, cfr. Teixeira de Freitas, Augusto, Consolidação das Leis Cíveis, prefácio de Ruy Rosado de Aguiar, facsímil, Brasil, Conselho Editorial, Coleção história do direito brasileiro. Direito civil, 2003, vol. I, pp. 261 y s.

⁵³ Sobre las varias etapas que llevaron a la codificación brasilera del 1916 y además sobre las relativas problemáticas *cfr.* Pecorella, Corrado, “Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana”, Schipani, Sandro (coord.), *op. cit.*, nota 49, pp. 221 y ss.; Villeia, João Baptista, “Da ‘Consolidação das Leis Cíveis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos”, Schipani, Sandro (coord.), *op. cit.*, nota 49, pp. 241 y ss.; Guzmán Brito, Alejandro, “Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el pensamiento de A. Teixeira de Freitas”, Schipani, Sandro (coord.), *op. cit.*, nota 49, pp. 255 y ss.

⁵⁴ “*A manifestação de vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir seja expressa*”.

⁵⁵ *Cfr. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Francisco Alves, Brasil, 1979, vol. 4, p. 194, adaptándolo así a la definición de acto jurídico prevista por el artículo 81 con base en el cual “*Todo o ato lícito, que tenha por fim mediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*”.

⁵⁶ Clovis Beviláqua parecía, sin embargo reconocer al *distrato* naturaleza de verdadero contrato distinguiéndolo del mutuo dissenso; al respecto véase Siebeneichler de Andrade, Fábio, *Notas sobre a figura do distrato no direito civil brasileiro*, en *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 509 al cual se reenvía también para las referencias bibliográficas.

⁵⁷ Acerca de este código véase Cardilli, Riccardo, “Brevi note sul nuovo codice civile del Brasile”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 16, Italia, 2003, pp. 217 y ss.

⁵⁸ Sobre la significativa elección de este Código de no definir nociones jurídicas fundamentales en este codificadas como ‘obligación’, ‘contrato’ o ‘negocio jurídico’ véase nuevamente Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 57, pp. 217 y ss.

⁵⁹ También resulta necesario subrayar cómo mientras el Cc.Bra./1916 disciplina el *distrato* en el capítulo relativo a los contratos bilaterales, el Cc.Bra./2002 lo refiere en el campo de la extinción contractual, sobre el asunto se reenvía nuevamente a Siebeneichler de Andrade, Fábio, *op. cit.*, nota 56, p. 508.

⁶⁰ Junto al Código civil de Perú de 1936, al respecto Schipani, Sandro, “Las definiciones de contrato en el sistema jurídico latinoamericano”, *El contrato en el sistema jurídico latinoameri-*

dado que, si de una parte, como oportunamente fue señalado “*non deve impedire di coglierne il significato all’interno della realtà sociale post-statalista del XXI secolo, quasi un ritirarsi del codificatore brasiliano dall’esplicitare la categoria del contratto nel diritto scritto, riconsegnandola alla scienza giuridica*”⁶¹ de otra parte, no impide ciertamente a la misma ciencia jurídica evidenciar en cualquier caso la naturaleza de “*manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de carácter patrimonial*”.⁶² Lo cual parece demostrar cómo para la doctrina brasilera tienen naturaleza contractual tanto aquellos actos jurídicos bilaterales de carácter patrimonial que dan lugar al nacimiento de obligaciones como aquellos a través de los cuales se modifican, transfieren o se extinguen las mismas,⁶³ y ello bien bajo la vigencia del código de Belvilaqua, bien bajo aquella de la nueva codificación.

3. Del Código Civil argentino de 1869 al nuevo Código Civil y Comercial de 2015

A. La definición de contrato del Código Civil argentino de 1869 y su interpretación ‘extensiva’ por parte de doctrina y jurisprudencia

Acerca de la tendencia arriba señalada del derecho contractual contemporáneo a cualificar como contrato para todos los efectos también el acuerdo eliminatrio —‘codificándolo’ expresamente en la relativa noción de contrato— considero significativo referir la configuración contenida en el artículo 957 del *Nuevo Código Civil y Comercial argentino*,⁶⁴ sobre todo en comparación con aquella del precedente artículo 1137 del CcArg/1869 redactado por Dalmacio Vélez Sarfield.⁶⁵

cano. *Bases para un código latinoamericano tipo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001 [=en Esborraz, David Fabio (coord.), *Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho de los Contratos*, México, 2006, pp. 147 y ss., del cual cito], t. II, pp. 155 y ss.

⁶¹ Así Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 57, p. 218.

⁶² Villaça Azevedo, Álvaro, *Teoria general dos contratos típicos e atípicos*, Brasil, Atlas, 2002, p. 21. Definición en la cual, entre otros, se siente el eco del artículo 1321 del Cc.It./1942.

⁶³ En este sentido véase respecto del Cc.Bra./1916 Gomes, Orlando, *Obrigações*, Brasil, Forense, 1999 y respecto del Cc.Bra./2002 Diniz, Maria Helena, *Tratado teórico e prático dos contratos*, Brasil, Saraiva, 2002⁴, t. 1.

⁶⁴ Al respecto véase Lorenzetti, Ricardo Luis, “Nuovo codice civile e commerciale della Repubblica Argentina”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Italia, 2015, anno CXIII, n. 3, pp. 395 y ss.

⁶⁵ Sobre la referida codificación del 1869, sus acontecimientos y su codificador se reenvía a Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 41, pp. 441 y ss.; véanse igualmente las varias

Como es sabido, el Código Civil de la República Argentina de 1869 re-dactado por Dalmacio Vélez Sarfield (1800-1875) contenía, en su artículo 1137, una definición de contrato particularmente amplia conforme a la cual “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

En la *Nota* relativa a este artículo⁶⁶ Vélez referencia como fuente directa de la señalada definición de contrato a *System des heutigen römischen Rechts*⁶⁷ de F.C. Savigny. Se resalta, todavía, cómo el propio Vélez aclara que el jurista brasileiro Augusto Texeira de Freitas “es más claro [que F.C. von Savigny] en la materia”⁶⁸ puesto que sostiene “habrá contrato, cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones reciprocas a que correspondan derechos creditorios”.⁶⁹

contribuciones contenidas en Schipani, Sandro (coord.), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Italia, CEDAM, 1991. Más en general y en relación con el argumento que nos ocupa véase Schipani, Sandro, “Il contratto e il sistema giuridico latinomericano”, *Mélanges Fritz Sturm*, Bélgica, Editions Juridiques de l’Université de Liège, 1999, t. II, pp. 1277 y ss.; Schipani, Sandro, *op. cit.*, nota 60.

⁶⁶ Sobre las ‘Notas’ de Vélez al Código Civil argentino véanse Moisset de Espanés, Luis, “Reflexiones sobre las notas del Código Civil Argentino”, *Studi Sassaesi V. Diritto romano. Codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, Italia, Giuffrè, 1981, pp. 445 y ss.; Cobas, Manuel Osvlado y Zago, Jorge Alberto, “La influencia de las ‘Notas’ del Código Civil en la ciencia del Derecho argentino y latino-americano”, Schipani, Sandro (coord), *op. cit.*, nota 49, pp. 141 y ss.

⁶⁷ Cfr. von Savigny, Friedrich Carl, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Alemania, Scientia Verlag Aalen, 1981, §140, (309). El jurista alemán al ocuparse de los *juristischen Thatsachen* (actos jurídicos) de lo general a lo particular, pasa del hecho al *Freye Handlung* (acto voluntario) y de este a la *Willenserklärung* (declaración de voluntad), de la cual el contrato es la especie más importante, definiéndolo como “*die Bereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*”. Más en general sobre la bibliografía consultada por Vélez durante la elaboración del Cc.Arg./1869, Vázquez, Humberto y Micieli, Laura Liliana y Bazán, María Elena y Calvo Leal, María Angélica, *El Derecho romano en la Biblioteca del Dr. Vélez Sársfield*, España, Francisco Ferreyra, 1998.

⁶⁸ Véase en este sentido Llambías, Jorge Joaquín y Alterni, Atilio Anibal, *Código civil anotado. Doctrina - Jurisprudencia*, t. 3, vol. A (Artículos 1137 a 1433 - Contratos en general, Sociedad conyugal, Compraventa), Argentina, Abeledo-Perrot, 1982, p. 12.

⁶⁹ Cfr. *Esboço*, artículo 1830: *Haverá contrato quando duas ou mais pessoas gação, ou obrigações recíprocas, a que correspondem direitos creditórios; ou a modificação de tais obrigações*. Con relación a la misma “Nota” considerada se pueden, de nuevo, hacer los siguientes énfasis: 1) La amplitud de la definición tomada como modelo, en la cual el contrato resulta prácticamente asimilado al acuerdo [resulta, sin embargo, en esta sede especificado que el Codificador argentino no conociendo el alemán utilizó la traducción en francés de la obra de Savigny de Ch. Guenoux —presumiblemente la segunda edición del *Traté de droit romain* publicado en París entre 1855 y 1860— en la cual el contrato es definido como “*l’accord de plusieurs personnes sur une déclaration de volonté commune destinée à régler leurs rapports*” (314)] conllevó a que, en apoyo de su definición,

Dada la amplia formulación del artículo en cuestión, ciertamente susceptible de varias interpretaciones, la doctrina argentina así como la jurisprudencia, teniendo en cuenta también otras normas que regulaban la teoría general de las obligaciones y de los contratos, han intentado una determinación más precisa.

Considero significativo subrayar cómo de parte de autorizada doctrina existe preocupación, por ejemplo, por especificar que para el Cc.Arg./1869

no cualquier acuerdo destinado a producir efectos jurídicos, a reglar derechos, es un contrato: es preciso que su objeto sea susceptible de apreciación pecuniaria (artículo 1169), lo cual lo delimita al campo patrimonial, en el ámbito de lo obligacional (artículo 1168), con la amplitud de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar tales relaciones jurídicas creditorias (artículo 944). Quedando excluida la posibilidad de constituir o transferir, de manera inmediata, relaciones jurídicas reales (artículo 577 y concs.),⁷⁰

interpretación ‘correctiva’ del artículo 1137 que permite comprender cómo en el derecho civil argentino el rol reconocido al contrato era no sólo el de crear o en cualquier caso dar lugar a relaciones jurídicas, sino también el de transmitir las, modificarlas y, también, en lo que nos interesa, de extinguirlas, como se comprende también a la luz del artículo 1200: “Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas

Vélez refiriéndose también aquella de Ch. Maynz [*Éléments de Droit romain*, Bruselas-París, 1859, t. 2, § 281 (se lee aún en la “Nota”: “Maynz dice, que «contratos son aquellas manifestaciones de voluntad que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones»”)] y de J. Domat, [*Las leyes civiles en su orden natural*, trad. cast. de F. Villarrubias y J. Sardá, t. 1, Barcelona, 1861³, lib. i, tít. i, § i] si bien estas se refiriesen genericamente a la ‘*convention*’ y no específicamente al ‘contrato’, motivo por el cual se vio restringido después a alterar los términos de la primera de ellas (traduciendo la palabra ‘*convention*’ como ‘contrato’) y a declarar que si bien “[...] os jurisconsultos [entre los cuales cita Ch. Aubry e Ch. Rau e A. Duranton] distinguen los contratos de las convenciones [...] en el uso común se llaman convenciones a los contratos”; identificando así los segundos con las primeras. 2) En el mismo sentido, luego Vélez prosigue la Nota afirmando “Todo contrato es una convención; pero no toda convención, aunque tenga efectos civiles, es contrato” para pasar sucesivamente a explicar cómo la palabra convención era un término general y citar la *Ley Romana*, en particular D.2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*) *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt [...]*.

⁷⁰ Así Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 1998, p. 48 y en el mismo sentido entre otros Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 2004, pp. 170 y ss. Sin embargo ya G. Ripert e J. Boulanger por su parte evidenciaban como “El contrato tiene como efecto la creación, la transformación, la cesión o la extinción de una obligación”, *cfr.* Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Argentina, La Ley, 1964, § 55, Vol. IV-I, pp. 50 y s.

por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”. Esta misma interpretación fue sostenida, también en su momento, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina que en un pronunciamiento del 31 de julio de 1973 afirmaba: “Por contrato se entiende el acto jurídico bilateral y patrimonial en el cual están en presencia dos partes, que formulan una declaración de voluntad común en directa atinencia a relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones”.⁷¹ Desde esta perspectiva y según esta interpretación no es difícil reconocer a el ‘distracto’ ex artículo 1200 del Cc.Arg./1869 el rol de “acto jurídico bilateral extintivo de obligaciones”⁷² al cual se aplican todas las disposiciones de la ley relativas a los actos jurídicos por analogía y aquellas de los contratos en general como consecuencia de su configuración en el esquema del contrato.⁷³

Evidenciar esto resulta significativo puesto que esta interpretación, que fue la prevalente, no era claro, la única posible o la única propuesta frente a una definición de contrato como la considerada, así lo testimonian por otra parte las experiencias de las otras codificaciones latinoamericanas. En particular, no faltó quien propusiera un concepto mucho más restringido que reducía el contrato exclusivamente a negocio jurídico bilateral creador de obligaciones —refiriéndose a los artículos 1168⁷⁴ y 1169⁷⁵ del Cc.Arg./1869 los cuales parecían reducir su objeto al nacimiento de obligaciones de *dar, hacer y no hacer*. Esta configuración que, como fue evidenciado por un sector de la doctrina argentina,⁷⁶ es aquella más cercana al modelo romano, incluía consecuentemente, dentro de las convenciones que no son contratos, la *conventio* eliminatoria —el mutuo consentimiento— ex artículo 1200 del referido Código.⁷⁷

⁷¹ *El Derecho*, Argentina, 1973, t. 49, pp. 483 y ss.

⁷² Así Belluscio, Augusto César y Zannoni, Eduardo Antonio, (bajo la dirección de), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Argentina, Editorial Astrea, 1994, t. V, p. 945.

⁷³ *Cfr. Ibidem*, p. 712.

⁷⁴ “Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, del uso, o de la posesión de la cosa”.

⁷⁵ “La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en a entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria”.

⁷⁶ *Cfr.* Belluscio, Augusto César y Zannoni, Eduardo Antonio, *op. cit.*, p. 947.

⁷⁷ *Cfr.* Lafaille, Hector, *Derecho civil. Contratos*, Argentina, Ediar, 1953, t. 8.1.

Por otra parte, y esto también debe subrayarse, la interpretación sustancial realizada por la doctrina y la jurisprudencia argentinas del referendo artículo 1137 del código de 1869, se ubica al interior de un más vasto y antiguo debate sobre los ‘confines’ atribuibles al campo de aplicación del contrato, y en particular, sobre la oportunidad de reconocer a este último no sólo una capacidad creadora de obligaciones sino también una ‘extintiva’. Al interior de tal debate parece hacer eco en la configuración más rigurosa, la más rígida posición asumida por el derecho romano.

B. *La configuración del nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2015*

Se ubica en la misma línea, pero de manera decididamente más neta, y por lo tanto más significativa, también este nuevo Código Civil y Comercial argentino el cual en el artículo 957 dispone: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

El artículo *de qua*, que deriva del artículo 899 del *Proyecto de Reformas al Código Civil* de 1998, tiene como fuente precisamente el artículo 1321 del Cc.It./1942.⁷⁸ En tanto, que de hecho, los precedentes proyectos de reforma del Código tendían a conservar la definición de contrato de Vélez,⁷⁹ ya el *Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional* de 1993 había sustituido la definición en este contenida, definiendo con el artículo 850, en el cual se califica el contrato como “[...] el acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato constituir, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales” y especificando luego en *Nota* que el texto propuesto sigue la orientación del artículo 1321 del Cc.It./1942 además de coincidir con la posición de la doctrina

⁷⁸ Véase con tal propósito Esborraz, David Fabio, “L’influsso del diritto italiano sul nuovo Progetto di Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina”, en Lanni, Sabrina y Sirena, Pietro (coords.), *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell’Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. 127 y ss.

⁷⁹ Primero entre todos el *Anteproyecto de Código civil* del 1926 elaborado por Juan Antonio Bibiloni (1860-1933) que en su artículo 1288 conservaba la definición del artículo 1137 del Código de 1869 [sin embargo especificando que “[n]o habrá lugar a la constitución o modificación de obligaciones por actos jurídicos entre vivos, sino mediante contrato, salvo lo dispuesto por la ley” (artículo 1289)] seguido también por el *Proyecto de Reformas al Código civil* del 1936 (artículo 788); 2) el *Anteproyecto de Código Civil* del 1954 (artículo 1005) elaborado por Jorge Joaquín Llambías (1911-1981) en los años 1950-1954; y más recientemente también por el *Proyecto de Código Único* del 1986 y por el *Proyecto* elaborado por la *Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación* del 1993 que optan igualmente por la definición contenida en el artículo 1137 del Cc.Arg./1869.

nacional (“[e]l texto propuesto sigue la orientación del artículo 1321 del Cód. italiano y coincide con la posición de importante doctrina nacional”). Esta orientación, fue sucesivamente mantenida también en el artículo 899 del Proyecto de 1998 y luego escogida, definitivamente, para este nuevo Código.

El nuevo código, por lo tanto, elige abandonar la precedente formulación contenida en el Código de Vélez de 1869 para ‘codificar’ el contrato eliminatorio al interior de la noción misma de contrato, y no dejar más el problema a cargo de la interpretación específica y significativa de doctrina y jurisprudencia.

Se trata sin duda, de una elección importante de política del derecho que, a través de la progresiva separación al respecto del derecho romano, decide alinearse, en el pleno respeto del espíritu más general de este nuevo código, con la más reciente tendencia del derecho contractual actual a reconocer a la autonomía privada una supremacía, más que una autonomía, en neta separación de la concepción de los juristas romanos en la materia, evidenciando, en particular, una voluntad precisa del legislador argentino de cerrar de una vez por todas, las incertezas acerca del campo de aplicación del contrato.

IV. BREVES REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Para concluir considero que son dos las reflexiones a realizar, en merito al brevísimo y sumario panorama presentado.

La primera se refiere a la constatación de carácter general con base en la cual, la elección de permitir también a la *conventio* eliminatoria la pertenencia a la noción de contrato, constituye seguramente una elección de política legislativa, que se presenta al interior de modelos axiológicos dentro de los cuales se enfrentan fuertes principios del sistema jurídico romanístico como la tipicidad contractual y la autonomía privada. En tal ponderación se inserta un debate más vasto y antiguo sobre los ‘confines’ que han de imponerse a la aplicación del contrato y en particular, sobre lo oportuno de atribuir a este último no solamente la naturaleza de fuente de obligaciones, sino también la aptitud como acto ‘extintivo’ de estas, lo que constituye, vistas las nuevas exigencias económicas-sociales, un asunto que se debe enfrentar hoy más que nunca. Considero que en este sentido el derecho romano, el cual analiza los problemas aquí examinados con particular rigor y coloca al contrato en el plano de una realidad en el que no resulta disponible a la inmediata y automática erosión proveniente de la voluntad de las partes en

sentido sucesivo y contrario,⁸⁰ puede representar un modelo antitético al derecho contemporáneo codificado que ha sancionado la figura del contrato eliminatorio. Se trata no de la omnipotencia de la autonomía privada sino de una ponderada valoración de la importancia del contrato concluído respecto de la autonomía de las partes. Así como para los romanos una compraventa, aunque las partes lo quisieran, no puede desnaturalizarse en una donación, del mismo modo una vez surgido un contrato, la estructura compleja así creada, no puede resultar aniquilada con un simple acuerdo de las partes, sino que se deben verificar rigurosamente los presupuestos de admisibilidad, *in primis* la *res integra*.

En segundo lugar amerita, subrayarse la resistencia dentro del derecho latinoamericano, de un modelo más coherente con la regla romana, en el cual la *conventio* eliminatoria no resulta incluida en la estructura jurídica del contrato. Tal resistencia hace eco, como ya lo vimos, dentro de las construcciones de Bello y en el *Esboço* di A. Teixeira de Freitas.

⁸⁰ Acerca de la importancia de un acercamiento que sea evidencia de una purificación conceptual véase por todos Catalano, Pierangelo, *Diritto e persone*, Italia, G. Giappihcelli Editore, 1990, t. I, p. VII.

¿MUTUUM SUB CONDICIONE? A PROPÓSITO DE D.12,1,7 Y D.12,1,8

Jorge MENABRITO PAZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Exégesis*.

I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida es un fragmento del libro XXVI del *ad Edictum* de Ulpiano:

D. 12,1,7 (Ulp. 26 *ad ed.*)

Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae, et ideo et condiciones

(Todo lo que puede ser introducido en las estipulaciones también puede serlo en la entrega de una cantidad; así pues, también las condiciones)

Los compiladores justinianos colocaron dicho fragmento en el primer título del libro XII del Digesto, bajo el hilo conductor del *mutuum*. Su intención aparece clara si se lee el fragmento que le sucede. Se trata ahora de Pomponio, en el libro VI de su “Comentario a Plauto”:

D.12,1,8 (Pomp. 6 *ex Plaut.*)

Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur:

[V]eluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus.

Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. nam Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.

(Por lo tanto, a veces la dación en mutuo está pendiente, en cuanto resulte confirmada por un hecho posterior;

[P]or ejemplo, si te doy unas monedas en mutuo para que, si se hubiese cumplido una condición, se hagan tuyas y quedes obligado a mi favor.

Asimismo, si el heredero hubiese prestado <al legatario> la cantidad legada, y posteriormente el legatario no quisiese que esa <cantidad> le perteneciera; porque se entiende que las monedas fueron del heredero desde el día de la adición, para que pueda reclamarse la cantidad prestada. En efecto, Juliano afirma que las entregas realizadas por el heredero deben referirse al tiempo en el que la herencia hubiese sido adida, independientemente de que el legado sea repudiado o asignado.)

La conclusión de la lectura de ambos fragmentos en el orden que se nos presentan en la compilación de Justiniano es que, al igual que sucede con la estipulación, el mutuo puede ser puro y simple o bien puede estar sujeto a una condición. Esta afirmación no merece reparo alguno hoy en día; dentro de una teoría general de las obligaciones y una teoría general del contrato —como las que se estudian en las facultades de tradición civilista— se acepta sin más la distinción general entre obligaciones condicionales y obligaciones a plazo;¹ así como la división de los elementos o cláusulas esenciales, naturales y accidentales del contrato.² En ese contexto, entendido el mutuo como un contrato, se afirma abiertamente que la obligación u obligaciones nacies del mismo pueden estar sujetas a condición.³ Sin embargo, una teoría general de las obligaciones y del contrato no logra prosperar en el particularismo propio del derecho romano. El alcance de la condición, por ejemplo, parece depender invariablemente de la naturaleza específica de cada negocio, por lo que a propósito del *mutuum* (como se tratará de demostrar a continuación), la “condicionalidad” de su eficacia debe ser entendida con el proverbial grano de sal.

II. EXÉGESIS

¿Cuál es el verdadero alcance de las afirmaciones que leemos en los dos fragmentos del Digesto citados? Del contexto del primero, D.12,1,7, nada

¹ *V.gr.*, artículos 1,938 y 1,953 Cc.Fed.Mex.

² *V.gr.*, artículo 1,839 Cc.Fed.Mex.

³ Es decir, independientemente de la postura dogmática con que se explique la naturaleza del mutuo, si como contrato real y unilateral (*v.gr.*, artículo 1,526 Cc.Yuc.), o como contrato consensual y sinalagmático (*v.gr.*, artículo 2,384 Cc.Fed.Mex.), la posibilidad de condicionar sus efectos se entiende siempre viable.

puede reconstruirse con certeza.⁴ En cuanto al contexto del segundo fragmento, D.12,1,8, Lenel lo coloca en el *liber VI Pomponii ex Plautio*, al inicio de una cadena que incluye D.12,1,12 y D.46,3,66; sin embargo, ninguna conclusión puntual puede extraerse de dicha cadena sobre el punto que aquí interesa, es decir, sobre la dación en mutuo condicionada, pues el único elemento común presente en los tres pasajes, como lo refiere el mismo Lenel, es la *condictio* como medio procesal para reclamar una cantidad de dinero.⁵

Para precisar el sentido de la cuestión, debe recordarse que a consecuencia del carácter real del mutuo romano, de éste nace una sola obligación cuya conducta debida aparece siempre delimitada, o dicho de otro modo, cuya conducta es invariablemente la misma; a saber, la restitución de otra cantidad igual a la que se entregó y recibió para ser consumida, dando por resultado que las monedas carezcan de valor alguno en su individualidad para el *tradens* mutuante. En cambio, si bien es cierto que de la estipulación también nace invariablemente una sola obligación, la conducta por ella debida puede ser cualquiera que el estipulante se haga prometer solemnemente, siempre que la misma no sea imposible (“*quod natura fieri non concedit*”), ni ilícita (“*quod leges fieri prohibent vel contra mores*”).⁶

Ante esta realidad, no parece que haya sido necesario a lo juristas romanos el cavilar sobre la imposibilidad o ilicitud del mutuo. Ello, por una parte, porque una vez concretada la tradición de una cantidad que interesa

⁴ Su autenticidad ha sido incluso puesta en tela de juicio. Véase Wylie, John Keer, *Solidarity and Correalty*, Edimburgo, Oliver & Boyd, 1923, pp. 365, p. 255.

⁵ [352] D.12.1.8 *Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus. Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. nam Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.* [353] D.12.1.12 *Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis eaque in rem tuam versa fuerit, conditionem furioso acquiri Iulianus ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex isdem etiam furioso acquiri. item si is qui servo crediderat furere coeperit, deinde servus in rem domini id verterit, condici furiosi nomine posse. et si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit et consumpta sit ea pecunia, conditionem furioso acquiri.* [354] D.46.3.66 *Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest. si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.* Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, Bernhard Tauchnitz, Lipsia, 1889, t. II, pp. 1264, p.82, nt. 3.

⁶ D.45,1,35 pr.-1 (Paul. 12 *ad Sab.*) *Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non potest: nisi per quem stetit, quo minus facere id possit. Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio, veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur: quamquam etiamsi non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit, quia statim contra mores sit.*

más por su género que por su especie, es indudable que ese algo existe en la naturaleza y que su devolución es físicamente posible; por la otra, porque no se considera que sea ilícito restituir la *pecunia* que se recibió en préstamo⁷ (aun cuando se es insolvente).⁸ Si a quien hizo una entrega en mutuo se le llega a denegar acción en contra del *accipiens*, ello se debe a que —parafraseando una idea recurrente en otros pasajes del Digesto— la cantidad que entregó era de una cosa *extra commercium* (bien sea *omnium*,⁹ como trigo público; o bien *in singulos*,¹⁰ como dinero ajeno), lo que habría impedido que naciese obligación alguna a su favor.¹¹

Una situación similar es la del reparo sobre el “mutuo condicionado”. La *condicio* suele ser tratada en *sedes materiae* de estipulaciones y cláusulas testamentarias, y en realidad, existe una cierta improcedencia “natural” de esa respecto al mutuo —digo “natural”, porque como es sabido, el *mutuum* no aparece en el famoso elenco papiniano de los *actus legitimi*.¹²

⁷ El Digesto no retoma en ninguno de sus pasajes el tópico filosófico que consideraba injusta la devolución del depósito, cuando, a pesar de actuar a instancia del depositante, se afectaba un interés mayor de éste o un interés mayor al deber de restitución del depositario (Plat. *Rep.* 1.331c; Cic. *De off.* 3.25.95; y, Sen. *De benef.* 5.10.1). La cuestión toma relevancia aquí, porque, si bien lo juristas romanos no entendieron el depósito como un préstamo (“*aliud est credere et aliud deponere*”, se lee en D.42,5,24,2), uno de los ejemplos expuestos por Cicerón implica un depósito de dinero; el que, como es sabido, podía convertirse en mutuo cuando se autorizaba a consumir las monedas en un momento posterior al de su entrega (Cfr. nota 20). Cic. *De off.* 3.25.95: “...*Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. Quid? si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo, facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima...*”

⁸ D.42,8,6,6-7 (Ulp. 66 ad ed.) *Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat: [...]. Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum* —el de la restitución de lo hecho en fraude de acreedores—: *sibi enim vigilavit. qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.*

⁹ D.18,1,6 pr. (Pomp. 9 ad Sab.) *...quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est campus Martius.*”

¹⁰ D.45,1,34 (Ulp. 48 ad Sab.) *Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat: si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere, non mihi.* D.30,40 (Ulp. 2 fideic.) *Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet...*

¹¹ D.12,1,2,4 (Paul. 28 ad ed.) *In mutui datione oportet dominium esse dantem...*

¹² D.50,17,77 (Pap. 28 quaest.) *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem...* Pero Frag. Vat. 329 asimila a la *expensilatio* con la *mancipatio* y *acceptilatio*, precisamente por la imposibilidad de sujetarla a una condición: “*Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur; nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta,*

El efecto de la condición como hecho futuro de realización incierta lo suelen abordar los juristas romanos con las expresiones *cedere diem* y *venire diem*, en sus diversas variables sintácticas.¹³ La explicación de la terminología la da Ulpiano en un conocido fragmento de una de sus obras de índole didáctica:

D.50,16,213 pr. (Ulp. 1 *reg.*)

“*Cedere diem*” significat incipere deberi pecuniam: “*venire diem*” significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

(“Que el plazo va” significa que empieza a deberse cantidad; “que el plazo viene”, significa que ha llegado el momento en que se puede exigir la cantidad. Cuando se estipula, sin condición ni término, el plazo va y viene a la vez; cuando se estipula con un término, va, pero no viene; cuando se estipula bajo condición, ni va ni viene, en tanto está pendiente la condición.)

Por consiguiente, una estipulación sujeta a condición no genera obligación, o lo que es lo mismo, no concede acción alguna para su exigencia; y en consecuencia, a diferencia de la sujeta a término, su pago implica una *solutio indebiti* cuando se hace por error,¹⁴ o una donación, si se hace conscientemente.¹⁵ Pero si, como ya se dijo, la entrega es connatural al mutuo, ahí donde hay dación de una cantidad propia para que el que reciba la consume a modo de restituir otro tanto, la obligación nace de manera ineludible, es decir, hay acción para repetir; por lo que, el *dies* necesariamente *cedet*, aunque con toda seguridad *non venit*, pues lo normal es que las partes pacten un término, que por ser regularmente a favor del deudor le significa una

quae non expressa tacite inesse videatur.” Que la *expensilatio* debió presuponer en origen un préstamo real o ficticio de dinero, se deduce de su propia etimología: <*pecunia*> *expensa lata*, es decir, suma “pesada y entregada”, cuando el negocio se realizaba aún mediante el rito del metal y la balanza (*per aes et libram*); posteriormente, el formalismo se redujo al registro del crédito (*transcriptio nominis*) en libros contables. Cfr. Cic. *Pro Rosc.* 5.4.13; Gel. *Noct. Att.* 14.2.7; y Gai. 3,128-130.

¹³ *S.v.* “*cedere*” y “*venire*” en Heumann, Hermann & Seckel, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9ª ed., Jena, Gustav Fischer, 1907, pp. 643, pp. 62, 63 y 618.

¹⁴ D.12,6,10 (Paul. 7 *ad Sab.*) *In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.* D.35,1,1,1 (Pomp. 3 *ad Q. Muc.*): *Cum dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tanem possunt, qui certum est ea debitu iri.* D.12,6,16 pr. (Pomp. 15 *ad Sab.*): *Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem existente repeti non potest.*

¹⁵ D.50,17,53 (Paul. 42 *ad ed.*) *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.* D.39,5,29 pr. (Pap. 12 *resp.*) = D.50,17,82 (Pap. 9 *resp.*) *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.*

exceptio.¹⁶ De este modo, sin tradición no puede haber mutuo; en todo caso, una promesa de mutuo, si se observa la solemnidad estipulatoria.¹⁷

De hecho, relejendo con detenimiento los textos de los que partimos, se notará que sólo uno, D.12,1,8, habla de una *mutui datio*. El otro, D.12,1,7, se refiere a una *numeratio pecuniae*. La distinción no es en lo absoluto baladí, porque una cosa es decir que lo que queda sujeto a una condición es la causa de la “entrega de una cantidad” (la *causa traditionis* o *retentionis*); y otra, muy distinta, es decir que lo que está pendiente es la obligación de restituir lo que se recibió manifiestamente en mutuo. Esto, me parece, se aclara con dos pasajes; uno, del libro X de los *Digestos* de Juliano, en donde se habla de una *numeratio* que no siempre obliga (no de un *mutuum*); y, otro más, del libro segundo del *Comentario al Edicto* de Ulpiano, en donde no aparece determinada aún la causa por la que entregó el *tradens* y recibió el *accipiens* (si depósito o mutuo).

D.12,1,19 pr. (Iul. 10 *dig*)

Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur.

Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem, quam si exstisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset.

Et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio: cum vero certum esse coepisset futurum id non esse, obligabitur qui accepisset: veluti si Titio decem dedero, ut Stichum intra kalendas manumitteret, ante kalendas nullam actionem habeo, post kalendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.

(No toda entrega de una cantidad obliga al que la recibe <a su restitución>, sino siempre que se hace para que a la misma vez se esté obligado <a ello>.

En efecto, quien dona una cantidad a causa de muerte hace entrega de una cantidad, pero no obliga al que la recibe <a su restitución>, a no ser que se verificase la situación a la cual la donación hubiese sido referida; por ejemplo, si el donante hubiese convalidado o el que recibió <la cantidad> le premuriese.

Y cuando se da una cantidad para que se haga algo, en tanto está pendiente hacerlo, no hay obligación <de restituirla>; pero en cuanto comienza a ser cierto que no se hará, queda obligado <a restituir> el que hubiese recibido; por ejemplo, si hubiese dado diez mil sestercios a Ticio para que manumi-

¹⁶ D.45,1,41,1 (Ulp. 50 *ad Sab.*) *Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse... D.50,17,186 (Cels. 12 *dig*) *Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest.**

¹⁷ Saccoccio, Antonio, “Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4 (bajo el cuidado de Fiori, Roberto), Nápoles, Jovene, 2011, pp. 345-418.

tiese a Estico antes de las calendas; antes de las calendas no tendré acción y después de las calendas podré demandar <la restitución de los diez mil sestericios>, precisamente si no hubiese sido manumitido <Estico>.)

Como se puede apreciar, los dos casos referidos por Juliano en este fragmento son de negocios con una pendencia ínsita. Así, en el caso de la *donatio mortis causa* resulta incierto si por la *numeratio* nacerá o no la obligación de restituir la cantidad al *tradens* (*qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem*), lo cual se encuentra supeditado a la condición casual de que convalezca éste o premuera el *accipiens* (*quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset*).¹⁸ En el segundo caso, se trata de una *datio ob rem*, es decir, una entrega para un fin determinado; aquí también resulta incierto si por la *numeratio* nacerá o no la obligación de restituir la cantidad al *tradens* (*cum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio*), pero ahora, ello se supedita a una condición potestativa: la manumisión del esclavo Estico antes de las calendas (*veluti si [...] decem dederó, ut Stichum intra calendas manumitteret*); o sea, a la realización efectiva del fin para el cual se dio.¹⁹

D. 12.1.10 (Ulp. 2 ad ed.)

Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permiseró, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.

(Si desde un principio había de permitirte el hacer uso si lo quisieses de <la cantidad> que te depositara, no se entiende prestada antes de que dispongas de ella, puesto que no es cierto qué deuda tiene lugar.)²⁰

¹⁸ Según Ulpiano, el mismo Juliano en sus mismos *Digestos* distingue entre aquellas donaciones a causa de muerte en las que se transfiere inmediatamente la propiedad al donatario (como la contemplada en D.12,1,19 pr.), y aquellas otras en las que el donante sigue siendo dueño hasta el momento de su muerte. D.39,6,2 pr. (Ulp. 32 ad Sab.) *Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.*

¹⁹ Y si nos atenemos a D.12,4,5 pr. (Ulp. 2 disp.) *Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, [...] liceat paenitere ei qui dedit*; tendremos que afirmar que en las *dationes ob rem* la obligación de restituir nace no sólo al frustrarse la finalidad para la que se hizo la entrega, sino también por el arrepentimiento del *tradens*. Lo anterior, no obstante que en el fragmento de Juliano se lea “*ante kalendas nullam actionem habebó*”; basta considerar que incluso la manumisión puede frustrarse antes de las calendas, por lo que nacería la obligación de restituir precisamente antes de esa fecha; v.gr., si Estico muere antes de las calendas no habiendo sido manumitido.

²⁰ Sigo la interpretación de Gregorio Mayans, quien, ante la falta de concordancia con sustantivo alguno, lee en el segundo vocablo del sintagma “*quoniam debitu iri non est certum*” un

En este otro fragmento también hay una *numeratio*, sólo que a diferencia de la *donatio mortis causa* y de la *datio ob rem*, sabemos que el *tradens* puede repetir la cantidad que entregó, por lo tanto, la obligación de restituir existe; sin embargo, la incertidumbre radica en la acción para demandarla o, si se prefiere, en el negocio que la origina. Si el *accipiens* consume las monedas, la *causa traditionis* habrá sido un mutuo, por lo que la restitución se hará con otras monedas en la misma cantidad, que será reclamable a través de la *condictio*; si el *accipiens* no las consume, la *causa traditionis* habrá sido un depósito, debiendo entonces devolverse exactamente las mismas monedas entregadas, lo que podrá exigirse mediante la *actio depositi*.²¹ La determinación de la causa de la entrega de las monedas (no de la obligación de restituirlas) depende de una condición potestativa: que el *accipiens* gaste o no las monedas recibidas (bien antes del termino acordado o bien, a falta de éste, antes de que el *tradens* las requiera).

Las palabras “*si ab initio*” son fundamentales en D.12,1,10, pues si la autorización de consumir las monedas es posterior a la entrega, entonces no habrá duda que hubo una *causa traditionis ex deposito* originaria, y que sólo en un segundo momento se convirtió por simple pacto en una *ex mutuo*.²²

Regresemos ahora a D.12,1,8. Como se recordará, en él se exponen dos ejemplos para explicar su afirmación inicial; afirmación que en el discurso de los compiladores, tal como lo demuestra el adverbio *proinde*, está subordinada a la expresada en el fragmento anterior, D.12,1,7:

supino con apócope, no un pretérito pasivo. En ese mismo sentido, “*certum est ea debitu iri*” en D.35,1,1,1 (Pomp. 3 *ad Q. Muc.*), citado ya en la nota 14; así como, “*possit scire eam debitu ire*” en D.12,1,38 (Scaev. 1 *quaest.*), y “*legatum matri debitu iri*” en D.32,1,30,5 (Iav. 2 *post. Lab.*) Mayans e Isiscar, Gregorio, *Ejemplos de las conjugaciones de los verbos*, Valencia, Viuda de Josef de Orga, 1769, pp. 373 y ss.

²¹ D.16,3,24 (Pap. 9 *quaest.*)... *Respondi depositi actionem locum habere: [...], si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos.*

²² D.12,1,9,9 (Ulp. 26 *ad ed.*) *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutua rogavit et poterit ei condici.* Por lo demás, ese cambio de la *causa traditionis* conlleva a la institución consensual del mutuo, mas no representa una vulneración manifiesta de su carácter real, pues la entrega de las monedas se realizó efectivamente entre las partes, fingiéndose únicamente su devolución y la realización de otra nueva tradición: “*videatur mihi data pecunia et a me ad te projecta*”, según Ulpiano en D.12,1,15 (31 *ad ed.*) Por el contrario, si no hubo una *numeratio* previa entre las partes, la *causa traditionis* originaria no podrá convertirse en mutuo por el simple acuerdo; a eso se refiere Africano en D.17,1,34 pr. (8 *quaest.*) cuando señala que: “*ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse*”. Véase la opinión sobre el “*abire in creditum*” de D’Ors, Álvaro, “Credittum y contractus”, en *AHDE*, núm. 26, 1956, pp. 183-207.

Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae, et ideo et condiciones. Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur.

En la entrega de una cantidad puede introducirse una condición; por lo tanto, la dación en mutuo a veces está pendiente (*mutui datio pendet*) hasta ser confirmada por un hecho posterior. Hasta aquí no hay mayor problema. En efecto, como ya se vió, la determinación de la causa por la que se entregó una suma de dinero puede depender del cumplimiento de una condición, y dicha causa puede ser un mutuo. La contrariedad aparece con el primer ejemplo:

[V]eluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus.

Aquí, la *traditio* se supone (*si dem tibi*) y su causa es clara (*mutuos nummos*), por lo que la *mutui datio* se perfeccionó; no obstante ello, las monedas no se hacen del *accipiens* y no nace obligación, porque contradictoriamente, se nos dice, hay una condición de la cual depende el efecto de la *numeratio* (*ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus*). Parafraseando a Juliano, en el citado D.12,1,19 pr., habrá que recordar que toda entrega de una cantidad obliga al que la recibe a su restitución cuando se hace para que a la misma vez se esté obligado a ello; y la entrega de una cantidad en mutuo obliga siempre a restituirla.²³ Así, mientras la primera parte de D.12,1,8 nos dice que realizada una entrega de dinero, el que la misma constituya un mutuo puede depender de un hecho futuro incierto; el primer ejemplo nos dice lo que ningún otro pasaje del Digesto: que cuando se entrega una cantidad en mutuo, la obligación de restituirla puede depender de un hecho futuro incierto. La discrepancia es tal a este punto que apenas puede aceptarse la mano de un mismo autor; difícilmente Pomponio (u otro jurista clásico), de quien, en todo caso, podría esperarse que dijera:

Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur:

[V]eluti si dem tibi nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant <ex mutuo> sisque mihi obligatus.

(Por lo tanto, a veces la dación en mutuo está pendiente, en cuanto resulte confirmada por un hecho posterior;

[P]or ejemplo, si te doy unas monedas para que, si se hubiese cumplido una condición, se hagan tuyas <por mutuo> y quedes obligado a mi favor.)

²³ D.12,1,2 (Paul. 28 *ad ed.*) *Mutuum damus recepturi non eadem speciem [...], sed idem genus.* D.44,7,1,2 (Gai. 2 *res cott.*) = Gai. 3,90: *Re contrahitur obligatio mutui datione.*

En cambio, en el segundo ejemplo: “*si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere*”, lo que pende es la *causa traditionis ex mutuo* de una entrega de dinero (no la obligación de restituir lo que se recibió por una *mutui datio*).

Estamos frente a un legado de efectos reales o *per vindicationem*, como se deduce de la aclaración “*heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse*”; pues si se tratase de un legado *per damnationem*, ninguna necesidad habría de suponer lo ineludible; a saber, que con la adición, el heredero se hace dueño de las monedas y, aceptado que sea el legado, también deudor de ellas frente al legatario. En ese supuesto la pendencia de la *causa traditionis* se resolverá o en un mutuo o en un pago. Si el *accipiens* repudia posteriormente el legado, la causa de la *numeratio* habrá sido *ex mutuo*; si lo acepta, la *causa traditionis* habrá sido *ex soluto*; y, en cualquier caso, el heredero habrá entregado dinero propio.

Por su parte, en el ejemplo en cuestión, repudiado que sea el legado por el *accipiens* después de haberse realizado la *numeratio*, adquirirá el heredero la propiedad de las monedas; pero entonces se dirá que ya era dueño desde su entrega, pues ésta se refiere en todo momento a la adición de herencia (*Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.*) Por el contrario, si hecha la *numeratio* el *accipiens* acepta el legado, es él quien adquirirá las monedas directamente del testador, pues aunque la entrega se refiere al momento de la adición de herencia, las monedas quedan fuera de la misma por tratarse de un legado *per vindicationem*; en otras palabras, el heredero habrá entregado dinero ajeno.

Así, si el *accipiens* repudia posteriormente el legado, la causa de la *numeratio* habrá sido *ex mutuo* al igual que en el *per damnationem*. Aceptado el legado por el *accipiens*, la entrega no habrá ido más allá de una transferencia deliberada de la posesión a quien era dueño; no hay pago, porque el *tradens* no se encontraba obligado con el *accipiens* (el legatario nunca tuvo acción personal en contra del heredero para reclamarle las monedas).

DERECHO DE SUPERFICIE: SU RESURGIR, TAL LA IDEA DEL DERECHO ROMANO, EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Laura L. MICIELI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes en el derecho romano: Breve síntesis de los orígenes del derecho de superficie en el derecho romano*. III. *Antecedentes en la legislación argentina*. IV. *Concepto y clases en el Código Civil argentino*. V. *Facultades*. VI. *Constitución*. VII. *Efectos*. VIII. *Extinción*. IX. *Conclusión*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Fue tal vez el interés de los legisladores al incluir el derecho de superficie en el nuevo Código Civil Comercial de la Nación (Ccc.Arg.) el de preocuparse de solucionar el inconveniente del acceso a la vivienda por las clases más vulnerables en nuestro país, la Republica Argentina?

El principio de *superficies solo cedit* (lo adherido a la superficie accede al suelo) está rectificado en el Código Civil vigente a través de la inclusión del derecho de superficie institución regulada en los artículos 2114 al 2128.

La institución tiene antecedente en el derecho romano, el cual previó la figura de la superficie como una alternativa para subsanar los inconvenientes del acceso a la vivienda por la clase plebeya y popular.

Un censo romano llevado a cabo en la época de la República nos arroja como dato que sólo un 35% de los habitantes tenían acceso a la vivienda, ello sumado a la distribución de la propiedad efectuada al momento de la fundación asignando porciones de *ager privatus* a los primeros habitantes de Roma generó a futuro la existencia de clases sociales desposeídas sin acceso al dominio, la concesión de la tierra publica y del dominio.

Una de las alternativas fuera de las medidas políticas, fue crear una institución que combinará dos intereses contrapuestos los que fusionados brindarían beneficio a ambas partes: superficiario y dueño del suelo.

II. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO: BREVE SÍNTESIS DE LOS ORÍGENES DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL DERECHO ROMANO

Hacia el siglo II a.C. era frecuente en la antigua República romana permitir que en los terrenos baldíos dentro de la ciudad, no mediando oposición, podían levantarse construcciones; pudiéndose cobrar por ello un *solarium* en algunas situaciones.¹

En la época clásica surgen problemas en la locación de fincas urbanas ya que había escasez de viviendas y un desmesurado crecimiento poblacional, inestabilidad de los precios e inseguridad de los inquilinos, por lo cual se comenzó a utilizar el sistema de arrendamientos a largo plazo que ya utilizaban las ciudades, en cuyo caso el pretor concedía un interdicto para amparar al inquilino en el goce de la locación.

Estos eran locaciones y el pretor protegía el goce de éstas. En el período postclásico se ha desenvuelto esa protección, formándose paulatinamente el derecho real de superficie, tal como lo regula el derecho justinianeo.²

Fue en época clásica donde se sentaron los principios fundamentales con respecto a la concesión de terrenos por los municipios y algunos casos particulares, pero fue en Bizancio, Antioquia y Alejandría, donde debido a la agudización del problema de la vivienda se generalizó el derecho de superficie, adaptándose los textos clásicos a las necesidades económicas.³ De esta forma se expresa el derecho real de superficie en el Digesto plasmado por los compiladores.

En el derecho romano la superficie es un derecho real enajenable y transmisible a los herederos que concede el pleno goce de la superficie del edificio o parte de él o el subsuelo, de un fundo de otro, mediante el pago de un canon o solárium.

Se constituye por simple pacto, seguido de la tradición, por testamento o por concesión pública.⁴

¹ Ulp. D.43,8,2§17.

² Albertario, "Il possesso della superficie", *Studi di Diritto Romano*, t. II, p. 409, Milano 1949.

³ Elguera, "Origen y evolución del contrato de locación en Roma", en *Rev. de la Soc. Arg. de Der. Rom.*, núm. 2, Córdoba, 1956, p. 26.

⁴ Ulp. D.43,8,2§17.

El derecho de superficie se refiere a la parte del inmueble que se encuentra sobre el suelo, sin embargo, se entendía que incluía también las construcciones subterráneas.⁵

El superficiario podía enajenar su derecho, transmitirlo por herencia, constituir servidumbres sujetas al tiempo de su derecho e hipotecarlo.⁶

La obligación es de pagar el solárium o canon, como las contribuciones y cargas del inmueble, corriendo a cargo del superficiario la pérdida parcial de la cosa.

Desde la época clásica el superficiario está amparado por el interdicto de *superficiebus*, que protegía el disfrute o goce de la locación a largo plazo, cuando era alterado por un tercero⁷; más en el periodo “postclásico” según resulta de las interpolaciones, se le da al superficiario la acción real de superficie contra cualquiera que lo despoje de la superficie que goza, inclusive el propietario a quien también podrá oponerle excepción si intentare reivindicar.⁸

Con caracteres de acciones útiles podría invocar el superficiario la *actio communi dividendo* y las referentes a las servidumbres⁹, como también la *cautio damni infecti*.¹⁰

III. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

En el tema que nos ocupa nuestro Código Civil anterior, vigente hasta el 31 de julio del corriente año, redactado en su totalidad por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, no había receptado esta institución. Así en la nota al artículo 2503 señalaba literalmente...

No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del propietario del terreno, el cual sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario, no podía deteriorar el fondo del terreno. En

⁵ Ulp. D.43,17,3§7.

⁶ Ulp. D.43,18,1§7; 18,1,32; 10,2,10; 43,18,1§9; Paul. D.13,7,16,2; 20,4,15.

⁷ Ulp. D. 43,18,1 pr. § 2.

⁸ Ulp. D.43,18,1 pr.,1,3,4 y 6; D.6,1,73 pr., 1;75.

⁹ Ulp. D.43,18,1§8 y 9.

¹⁰ Ulp. D.39,2,13§8.

Roma, según las reglas del Derecho Civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella. Más después el derecho pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo. El derecho de superficie desde entonces, como una desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción. L. 1 §§ 6 hasta 9, Digesto, *De adq. vel amitt. possess.*. Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos. Suprimimos también el derecho enfiteutico, o lo que en España se llamaba censo enfiteutico. La enfiteusis era la concesión de un fundo que una de las partes entregaba a la otra a perpetuidad o por un largo tiempo, con cargo de mejorarlo por construcciones o plantaciones, y de pagar un canon anual. La enfiteusis se distingue por un doble efecto: por una parte, el enfiteuta se obliga a pagar al cedente del terreno el canon enfiteutico, lo que parece demostrar que la propiedad permanece en poder de éste, y por otra parte, el enfiteuta adquiere un derecho real. Ejerce las acciones posesorias y petitorias; puede enajenar su derecho, constituir hipotecas en el fundo, o imponerle servidumbres. Y ciertamente que estos otros derechos semejantes no se derivan de un arrendamiento. Ellos demuestran al contrario la transmisión de un derecho real. No es venta de un usufructo, pues éste se extingue por la muerte del usufructuario, y el derecho enfiteutico pasa a los herederos. No es venta tampoco de una propiedad, porque se debe pagar una pensión anual, y el acreedor lleva el nombre de señor directo en quien el enfiteuta mismo reconoce el derecho de propiedad. Así, dice Demolombe, la enfiteusis es una convención *sui generis*, un poco de arrendamiento, un poco de usufructo, un poco de propiedad; pero verdaderamente no es arrendamiento, ni usufructo, ni propiedad. Esto mismo ya lo decía la Ley Romana *jus emphyteuticarum neque conductionis, neque alienationis, esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, L. 1, Cód. Romano, De jure emphyteutico (pag. 546). Instituta, § 3, De locatione et conductione*. La singularidad de este derecho ha hecho que las leyes, la jurisprudencia y la doctrina estén llenas de incertidumbres y de controversias. La conveniencia de este

contrato ha dependido siempre del estado de la sociedad en sus diferentes épocas, de las instituciones políticas que permitían los feudos, la inalienabilidad de los bienes raíces y los mayorazgos que constituían el derecho sucesorio al arbitrio de los padres. Entre nosotros ha existido, y la experiencia ha demostrado que las tierras enfiteúticas no se cultivan ni se mejoran con edificios. Suprimiendo la enfiteusis, evitamos los continuos y difíciles pleitos que necesariamente trae, cuando es preciso dividir por nuestras leyes de sucesión el derecho enfiteútico y el derecho del señor directo. El contrato de arrendamiento será entre los propietarios y los cultivadores o criadores de ganado, un intermediario suficiente. En virtud pues, de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, la Comisión que proyectó el Código Civil para España, suprimió la enfiteusis y Goyena en la nota al artículo 1547 expone los males que ese contrato había causado en aquel reino. En casi todos los códigos modernos está prohibida la enfiteusis. En el Código Francés no hay la palabra enfiteusis. Si se hace pues, un contrato de enfiteusis, valdrá sólo como contrato de arrendamiento, ya que no puede valer como de usufructo, y durará sólo por el tiempo que puede durar la locación.

Vélez Sarsfield prohíbe expresamente la institución en el antiguo Código, así el ex artículo 2614, el cual desaparece posteriormente con la sanción de la ley 25.509 que consagró el derecho real de superficie forestal; lo cual plantea la institución teniendo en cuantos otros fines, de promoción de la actividad industrial.

Si hacemos memoria la comunidad de profesores romanistas de la República Argentina efectuó un pedido expreso formulado a través de una recomendación que surgió del VII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina, celebrado en Mendoza en el año 1988, sugiriendo la inclusión del derecho de superficie en el Código Civil con el objeto de paliar el problema habitacional en nuestro país. Se redactó un documento que fue remitido a la Cámara de Diputados y Senadores de nuestro país,¹¹ en su momento, señalando la utilidad que este instituto tendría para subsanar un serio problema que es la imposibilidad del acceso a la vivienda por parte de las clases trabajadoras; si bien no tuvimos eco alguno en esa oportunidad. Los años pasaron y hubo proyectos para modificar el Código Civil argentino redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield y es así que se concretó en el año 2013 la sanción de un nuevo Código Civil argentino que comenzó a tener vigencia a partir del 1/8/2015 y en el cual se incorpora el derecho de superficie

¹¹ Véase “conclusiones”, *VII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina*.

con características romanistas, más aun incluye esta institución con variantes audaces, propias de las situaciones habitacionales que se dan en este siglo XXI.

IV. CONCEPTO Y CLASES EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

El concepto actual que brinda el Código Civil argentino lo señala el artículo 2114 que literalmente dice

El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

Y está enumerado en el artículo 1887 del Ccc.Arg. ubicado a continuación del dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, 2114.

Este artículo precitado modifica el régimen anterior de superficie forestal establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley 25.509.

En cuanto a las modalidades que puede plantear el derecho de superficie se preveen dos alternativas tal lo expresa el artículo 2115 el cual indica “El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido”. Este articulado amplía lo que estaba ya señalado en el artículo 2 de la Ley 25.509 el cual solo se refería a la superficie forestal respecto de la cual me referiré brevemente más adelante.

La superficie o también denominado derecho de superficie puede abarcar todo el inmueble o una parte determinada proyectándose en el espacio aéreo o en el subsuelo. Se prevee que pueda recaer sobre construcciones ya existentes y se aplica aun en el régimen de propiedad horizontal, todo lo cual está dispuesto en el artículo 2116 del Código Civil argentino.

Este concepto se inspira en el Código Civil italiano de 1942 y que fuera receptado en los códigos posteriores de ese país.

El derecho de superficie en la doctrina nacional argentina fue objeto de numerosas opiniones, en especial aquellas que surgieron de las “X Jorna-

das Nacionales de Derecho Civil” celebradas en la ciudad de Corrientes en 1985, cuyas conclusiones fueron señeras y anticiparon los criterios que hoy se han plasmado en la Ley 25509.

La reforma constitucional que se llevó a cabo en la República Argentina en el año 1994, señala en el mismo artículo 41 el tema de desarrollo sustentable y la preservación del medio ambiente como recursos naturales y la ley 25.549 que refería a la superficie forestal teniendo así en el año 2001, surge la ley 25.509 que establece características propias como diferentes a las que existían en los antecedentes legislativos previos, sin perjuicio que se criticaba su imprecisión terminológica como desajustes técnicos.

Hubo y hay muchos comentarios doctrinarios favorables que se expresaron al sancionarse esta normativa, tal el que indican los autores Dra. Catalina Abidin, Mario Rodolfo Godoy, Ricardo Hugo Steinmetz, en su trabajo “Superficie Forestal” que señala

la actividad industrial derivada de la forestación ha experimentado en la Argentina en los últimos años excelentes resultados en cuanto a su rentabilidad. Es así que el Estado, asumiendo una postura de incentivos a la misma, empezó a subsidiar la actividad forestal bajo un régimen de promoción de forestaciones (afianzando, como ya se adelantó, un microsistema forestal) y en cierta medida a movilizar aquellos mercados que permanecieron a lo largo del tiempo inactivos. El Estado empieza a asumir un rol fundamental en el desarrollo del sector empresario, tomando la decisión “de ser un país forestal”. Nuestro país posee suelo apto para que las plantas arraiguen convenientemente y clima ideal en determinadas regiones para algunas variedades. La apertura a los mercados internacionales, operada a partir de 1990, aumentó considerablemente la demanda de madera, con la consiguiente necesidad de incrementar no solo los montes, sino también la tecnología para su procesamiento. Reafirmando esta necesidad, no solo nacional sino también internacional, la Dra. Calegari de Grosso destaca “los productos forestales son considerados esenciales para la vida cotidiana y juegan un papel importante en la economía de los países. En América Latina según una evaluación del Recurso Forestal realizada en el año 1995 por la FAO, se constata una tasa de deforestación alta y se estima que unos 7,5 millones de hectáreas boscosas (0.77%) desaparecen anualmente. El diagnóstico forestal a nivel mundial es contundente: para el año 2010 va a faltar madera.

Además, la legislación Argentina, con diversas normativas (la Ley 13.273 de Defensa de la Riqueza Forestal del año 48, Ley 24.857 de Estabilidad Fiscal, Ley 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados, más distintas leyes provinciales y sus respectivos decretos reglamentarios), inten-

tó adecuarse a los tiempos y asimilar las leyes de otras partes del mundo, creando lo que algún sector de la doctrina denomina micro sistema de derecho forestal. Sin embargo, la situación económica actual de nuestro país y el elevado costo de la tierra atentan considerablemente contra el desarrollo de la actividad forestal.

En definitiva una gran parte de la doctrina recibió con entusiasmo esa legislación, considerando que este derecho que podía ejercerse en suelo ajeno intentaba paliar las diversas contingencias y posibilita la explotación de tierras que por limitaciones económicas de sus propietarios permanecen oseosas, más aún algunos doctrinarios proponían que esto debían avanzar sobre las tierras fiscales.

El Código Civil vigente en el artículo 2114 define o conceptúa el derecho de superficie *y no hay duda alguna que no es un derecho nuevo*, autónomo que está caracterizado con la autonomía que tuvo en el derecho romano, que altera el principio romano *superficies solo cedit* y que incluye el derecho de vuelo.

El legislador marca una diferencia entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, siendo el primero sobre cosa ajena y el segundo sobre cosa propia

Artículo 2114.-Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad.

En 'ambas' modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo, y en relación su extensión el artículo 2116 dice:

El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento.

El criterio expresado precedentemente se completa con las normas las cuales remite en cada una de las hipótesis, en el caso del derecho de superficie se remite a las normas relativas a las limitaciones del uso y goce del derecho de usufructo, salvo pacto en contrario según lo indicado en el artículo 2127;¹² mientras que en la propiedad superficiaria se dirige a las normas de dominio revocable sobre cosas inmuebles siempre que sean compatibles y no sean modificadas por el artículo 2128 de Cc.

V. FACULTADES

En este aspecto se indica que el titular del derecho de superficie puede constituir derechos reales sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados al plazo de duración del derecho de superficie.

VI. CONSTITUCIÓN

En relación a quienes pueden constituir este derecho señala en el artículo 2118 que serán los titulares del derecho de dominio, los condóminos como los titulares de la propiedad horizontal, esta última hipótesis ha generado diversas opiniones, aunque hay que destacar la originalidad de la concepción jurídica plasmada.

En relación a cómo se constituye es en forma contractual, ya sea a título gratuito u oneroso, no es factible su constitución por usucapión larga, aunque se acepta lo breve si se tiene justo título, buena fe y posesión por un mínimo de 10 años.¹³

VII. EFECTOS

Este derecho al ser temporal está destinado a durar el plazo que las partes fijen convencionalmente, y se prevé un plazo máximo de 70 a 50 años dependiendo si es sobre construcción o plantaciones.

¹² Artículo 2127.-Normas aplicables al derecho de superficie. Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo.

¹³ Artículo 2119.-Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

En esto pervive la idea de la Ley 25.509, lo previsto en el artículo 6 sustitúyese el artículo 60 de la ley 25.509 por el siguiente texto:

El derecho real de superficie forestal tendrá un plazo máximo e improrrogable de duración por cincuenta años. En caso de convenirse plazos superiores el excedente no valdrá a los efectos de esta ley. El propietario y el superficiario, o los herederos de uno u otro, al vencimiento del plazo máximo, podrán rentar el contrato de constitución del derecho real respetando el plazo máximo establecido por esta ley.

VIII. EXTINCIÓN

En materia de extinción del derecho, aquí hay que distinguir si es una propiedad superficiaria o un derecho de superficie. Siempre debe entenderse que el derecho de superficie posee en potencia a la propiedad superficiaria.

El artículo 2122 indica “Destrucción de la propiedad superficiaria. La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar”.

El artículo 2123 se refiere a la subsistencia como transmisión de las obligaciones que indica “La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.”

El artículo 2124 indica literalmente: “Extinción. El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar”.

El artículo 2126 prevé que esta extinción genera una indemnización a favor del superficiario, excepto que se halla pactado lo contrario, y el importe de dicha indemnización se estipula o debiera estipularse al momento de la constitución del derecho de superficie o en acuerdo posteriores.¹⁴

¹⁴ Artículo 2126.- Indemnización al superficiario. Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores. En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.

Esta disposición tenía una regulación similar en la Ley 25.509 en su artículo 11.

IX. CONCLUSIÓN

La regulación que ha planteado nuestro código civil de un novedoso derecho introducido en la legislación argentina, actualmente con caracteres semejantes al derecho de superficie regulado por el derecho romano resulta un verdadero desafío para los juristas con el objeto de determinar la utilidad del mismo. Es un derecho que ha tenido eco en gran parte de las legislaciones latinoamericanas y argentina se suma tardíamente a la inclusión del mismo; y el anhelo de paliar los problemas habitacionales de quienes carecen de recursos económicos suficientes para la adquisición de la tierra pero sí pueden sostener y acceder a la construcción en forma total o paulatina de una vivienda, y hacer realidad el fin social de evitar la tierra osea que no cumple fines productivos ni habitacionales ni de desarrollo cultural.

Las crisis económicas que han afectado a la región, las escaseces de políticas públicas en materia de desarrollo a la vivienda han impedido que jóvenes familias puedan acceder a la vivienda y resulta alentador que un instituto antiguo nacido en el derecho romano adquiriera tanta vigencia en nuestra legislación actual, y que contenga idéntico objetivo que el previsto por los romanos al momento de conformar los elementos sustanciales de este derecho.

Cabe concluir que en líneas generales el derecho argentino respeta los ejes de regulación en esta institución que tenía el derecho romano, basta hacer un cotejo entre lo regulado en los artículos 2114 al 2128 del Nuevo Código Civil argentino y D.6,1,74; D.6,12,13; D.10,2,10; D.13,7,16,2 y D.43,18,2 a fin de advertir la semejanza de su disposiciones; si bien se han incluido variantes que son fruto de la evolución económica social de la región que han exigido, por ejemplo instauran la superficie forestal, que específicamente no estaba previsto en el viejo y vigente derecho romano.

¡Bienvenido el derecho de superficie a la legislación civil argentina!

X. BIBLIOGRAFÍA

- ABREUT DE BEGHER, Liliana, “Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, 15 de julio de 2015, *www.infojus.gov.ar*.
ABIDÍN, Catalina, GODOY, Mario Rodolfo y STEIMNETZ, Ricardo Hugo, *Cartapacio N° 7- Superficie forestal*, Universidad Nacional del Centro.

CALVO LEAL, María A., BAZÁN, María E. y MICELI, Laura, “Derecho de Superficie en el Derecho Romano. Su inserción en los nuevos proyectos de unificación civil y comercial de la República Argentina”, presentado ante el II Congreso Internacional y V Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, en el mes de Agosto de 2000.

ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil comentado*, Daniel Zolezzi, Adriana Noemí Krasnow, Gustavo Ordoqui Castilla (autores), Graciela Medina, Julio C. Rivera (directores), Argentina, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la República Argentina. Comentado*, Coordinado por De Lorenzo, Miguel Federico y Lorenzetti, Pablo, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014

LOS ABUSOS CONTRACTUALES Y SUS REMEDIOS: DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA LA CODIFICACIÓN CIVIL Y PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN

Rómulo MORALES HERVIAS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un ejemplo de abuso contractual: la lesión enorme.* III. *Los modelos francés, austríaco e italiano de contrato con lesión enorme.* IV. *El modelo alemán de contrato con lesión enorme.* V. *Los modelos portugués y suizo de contrato con lesión enorme.* VI. *Los proyectos de armonización en contratos y obligaciones del contrato con lesión enorme.* VII. *La codificación civil latinoamericana de contrato con lesión enorme.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el tema del abuso contractual existen incongruencias de conceptos y de normas sobre el abuso contractual en los ordenamientos jurídicos. El objetivo de este estudio es establecer claramente un tipo de abuso contractual mediante una reconstrucción unitaria de un concepto, de un principio, de un instituto o de una norma al interior de un sistema.¹

En el presente estudio no relacionaremos el abuso contractual con la violación de la buena fe. Existe la tentación de relacionar el abuso contractual con la violación de la buena fe en sentido objetivo. Pero pensamos que

* Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Director de la maestría de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Schipani, Sandro, “Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 24, Italia, Mucchi Editore, 2007, p. 13.

la violación del deber de buena fe es un momento ulterior al abuso contractual el cual debe analizarse en una etapa anterior.

El abuso contractual se produce contra situaciones de debilidad. Se dan situaciones de debilidad contractual en los casos en que la formación de voluntad se altera por situaciones externas. Es considerado débil el contratante que celebra un contrato con lesión enorme. Una situación de debilidad contractual respecto a la contraparte se individualiza en el adherente a un reglamento negocial unilateralmente predispuesto por la contraparte. También hay debilidad en el contratante que se encuentre en una situación de “dependencia económica” respecto de la contraparte.

El principio de prohibir abusar de una situación ajena de debilidad contractual² es el fundamento para definir un abuso contractual.

El abuso del derecho ya no se aplica solamente al ejercicio de un derecho sino al ejercicio de la autonomía privada. Así se puede hablar de abuso de autonomía privada que tiene diferentes aplicaciones como en las cláusulas contractuales con “significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones”; y en el abuso de la dependencia económica por el “excesivo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones” o con “condiciones contractuales injustificadamente gravosas”.³

El juicio de abusividad se traduce en el *desequilibrio contractual* (normativo y/o económico) establecido en la regla privada.⁴ La idea es que la diversidad de las posiciones económicas, y la consecuente desigualdad de poder en la contratación, se vincula (tanto en el caso del consumidor como en la empresa débil) en el desequilibrio reglamentario; y esto, a su vez, asume valor sintomático de un abuso de autonomía contractual.⁵

El concepto de abuso contractual debe necesariamente coligarse con un correspondiente remedio jurídico óptimo para la parte débil.

Existe una tendencia de aislar el surgimiento de una categoría abstracta de justicia contractual capaz de superar los límites impuestos por las reglas, mediante el principio de proporcionalidad entre las prestaciones o la aplicación de la buena fe, para permitir la declaración de nulidad del contrato justo. Esta categoría —para un sector de la doctrina— es evanescente y peligrosa. Es imposible definir la justicia sin dejar de considerar experiencias

² Scarso, Alessandro, *Il contraente «debole»*, Italia, Giappichelli Editore, 2006, p. 229.

³ Amadio, Giuseppe, “L’abuso dell’autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento”, *Rivista di diritto civile*, Anno LII, núm. 6, Novembre-Dicembre, Italia, Cedam, 2006, pp. 258 y 259.

⁴ *Ibidem*, p. 259.

⁵ *Ibidem*, p. 260.

concretas de injusticia.⁶ La tesis de la imposibilidad de una definición o la inoportunidad de una norma que defina el contrato justo se basa en que no cabe definir en abstracto un reglamento justo. Ni el mercado donde el precio puede ser fruto de un monopolio o de asimetrías informativas graves más allá de reglas correctivas. Ni el juez atribuyéndole un poder que no tiene. Ni la ley, la naturaleza o cualquier autoridad religiosa, al menos de no querer cambiar lo sagrado y el pasado por lo absoluto, incluso el derecho. La idea de justicia contractual no se puede concretar en una categoría general y abstracta, pero adquiere forma en la necesidad de asegurar y garantizar un tratamiento diversificado de las posiciones de los contratantes como un tratamiento de orden social y jurídico claramente establecido.⁷ De ahí que se promueve una ampliación de las circunstancias subjetivas de desigualdad, de incapacidad, de debilidad y de abuso.⁸ De otra parte se expande el rol del remedio resarcitorio que puede tener una precisión quirúrgica al reprimir contenidos desleales e incorrectos y al asegurar una reparación para toda desventaja, derivada de un comportamiento de mala fe de la contraparte.⁹

Por otro lado, se ha dicho que la justicia contractual es una expresión que evoca la aspiración a las contrataciones caracterizadas por el equilibrio en el intercambio y contemporáneamente por los instrumentos otorgados por el ordenamiento jurídico para garantizar tal resultado. Así, el ordenamiento es laico como simple garante del libre desarrollo de las fuerzas (sobre todo económicas) que preexisten y dominan la contratación, sin necesidad de preocuparse del resultado de su encuentro salvo, excepcionalmente, cuando una patología afecte la libre determinación del consentimiento, o subsista una específica condición de debilidad de uno de los sujetos de la contratación; por el contrario, el ordenamiento es ético, como garante de la equidad, el cual establece una medida de valor absoluto, relevante por sí mismo y por ello autónomamente en grado de justificar la intromisión en la regla privada para la manipulación en función de reequilibrio, o de repudio.¹⁰

Ninguna de las apreciaciones descritas responde a lo que significa la justicia contractual frente al abuso de la autonomía privada.

⁶ Vettori, Giuseppe, *Contratto e rimedi*, 2ª ed., Italia, Cedam, 2009, p. 665.

⁷ *Ibidem*, pp. 666 y 667.

⁸ *Ibidem*, p. 668.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Perfetti, Ubaldo, “La giustizia contrattuale nel Draft Common Reference del Diritto privato europeo”, *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Bajo la dirección de Guido Alpa, Giovanni Iudica, Ubaldo Perfetti y Paolo Zatti, Italia, Cedam, 2009, p. 166.

II. UN EJEMPLO DE ABUSO CONTRACTUAL: LA LESIÓN ENORME

Los contratos con lesión enorme son un ejemplo de abuso contractual. El derecho romano es un ejemplo de cómo se resolvió problemas de abuso contractual en la compraventa:

En la época clásica, el precio era determinado en base a la libre contratación de las partes, con el solo límite del respeto de la buena fe. En la compilación justiniana, para la compraventa de inmueble, existe el instituto denominado *laesio enormes*, según el cual la compraventa es nula, cuando no se realice mediante el *iustum pretium* (que se verifica cuando el precio pagado es inferior a la mitad del aquél del mercado): sin embargo, el comprador puede realizar la *reductio ad aequitatem*, ofreciendo pagar la suma entregada hasta alcanzar dicho precio. No se excluye que en particulares casos concretos ya interviniera la cancellería diocleciana (si no ya anteriormente), que se puede encontrar, en nivel socio económico, su justificación en la crisis que había acaecido el imperio a la mitad del siglo III d.C. La generalización del instituto ya es justiniana.¹¹

En concreto, el derecho romano propuso como solución el principio de la proporcionalidad de las prestaciones:

La reglas relativas a la lesión enorme se encuentran contenidas en el rescripto imperial recogido en el Código de Justiniano en C.4.44.2, en el que los emperadores Diocleciano y Maximiano, respondiendo al asunto planteado por Aurelio Lupo, reconocen la relevancia de la proporcionalidad de las prestaciones en el momento de celebración del contrato, al permitir al vendedor la rescisión judicial del contrato, en el evento en que hubiera recibido como precio del fundo menos de la mitad del valor del mismo.¹²

La fuente de esta solución es la siguiente:

C.4,44,2 Los emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos a Aurelio Lupo: Si tú o tu padre hubiéreis vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano, o que, restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, o que, si el comprador lo

¹¹ Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Italia, 1990, p. 586.

¹² Neme Villarreal, Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 231.

prefiere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiere pagado ni la mitad del verdadero precio. Publicada a 5 de las calendas de noviembre bajo el segundo consulado de Diocleciano y el Aristóbulo.

Así, el derecho romano propuso un límite cuantitativo al contrato de compraventa:

Un segundo texto atribuido a los mismos emperadores, contenido en C.4.44.8, resalta el carácter vinculante del contrato conforme a los postulados de la buena fe, aun cuando el precio pactado no corresponda al valor efectivo del bien, de suerte que el mismo no puede ser disuelto a menos que haya mediado engaño o violencia. Sin embargo, a reglón seguido establece una excepción, confirmando la regla expresada en el rescripto anteriormente citado, esto es, la posibilidad de resolver el contrato en el caso en que el precio pactado sea inferior a la mitad del valor real del bien objeto de la venta. De manera que en este evento la buena fe concede por vía de excepción la rescisión del contrato.¹³

La segunda fuentes dice lo siguiente:

C.4.44.8. Augustos y Césares a Aurelio Evodia: Si con tu voluntad vendió tu hijo un fundo tuyo, se debe probar el dolo por la astucia y las acechanzas del comprador, o se debe mostrar miedo de muerte o inminente tormento corporal, para que no se tenga por válida la venta. Porque esto que indicas, que el fundo fue vendido por precio poco menor, es ineficaz para que se rescinda la venta. Porque si, a la verdad, hubieses pensado sobre la esencia del contrato de compra y venta, y que persiguiendo el comprador su deseo de comprar por menos, y el vendedor de vender por más caro, llegan a este contrato, y que con dificultad después de muchas contiendas, rebajando paulatinamente el vendedor de los que había pedido, y añadiendo el comprador a lo que había ofrecido, consienten en cierto precio, verías ciertamente, que ni la buena fe, que ampara a la convención de la compra y de la venta, permite, ni razón alguna concede, que por esto se rescinda un contrato terminado por el consentimiento, o desde luego, o después de la discusión de la cantidad del precio; a no ser que se haya dado menos de la mitad del justo precio, que había sido al tiempo de la venta, debiéndosele reservar al comprador la elección ya concedida. Dada a las calendas de Diciembre, bajo el consulado de los Césares.

¹³ *Ibidem*, pp. 231 y 232.

Modernamente, se ha considerado que en los contratos con lesión enorme existe una parte que se aprovecha indebidamente de una determinada situación de la contraparte para lograr beneficios excesivos. Los requisitos para la configuración del contrato con lesión enorme son los siguientes:¹⁴

(a) Una asimetría del poder contractual inducida por una condición de disminución en que se haya el contratante lesionado en relación al otro (lesionado). Las situaciones alternativas en que se encuentra el lesionado son: (i) situación de dependencia (subordinación económica o moral) de una parte en relación a la otra (relación con la otra parte); (ii) existencia de una relación de confianza con la otra parte (relación con la otra parte); (iii) dificultad económica (condición externa objetiva que induce a una necesidad); (iv) urgente necesidad (condición externa objetiva que induce a una necesidad); (v) imprudencia o ligereza o incapacidad de previsión (estado subjetivo); (vi) ignorancia (estado subjetivo); (vii) inexperiencia (estado subjetivo); (viii) defecto de capacidad en las contrataciones o falta de habilidad en las negociaciones (estado subjetivo); (ix) debilidad mental (estado subjetivo); (x) debilidad de carácter (estado subjetivo); (xi) peligro (estado subjetivo); y (xii) condición económica o social o cultural que conducen a la incompreensión del alcance de las cláusulas.

(b) El conocimiento de la parte de tal estado de disminución.

(c) El aprovechamiento de una parte de la situación de la contraparte.

(d) La obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa.

(e) Un desequilibrio económico cuantitativo o cualitativo.

Los remedios que tiene el lesionado varían de acuerdo a los códigos civiles y a los proyectos de armonización en contratos. El primer modelo indica que los remedios son la rescisión y la modificación equitativa o reajuste porque un contrato lesivo es un vicio de la voluntad con un desequilibrio cuantitativo. Un segundo modelo señala como remedio a la nulidad por cuanto un contrato lesivo viola una norma de buena costumbre. El tercer modelo establece como remedios, en general, a la anulabilidad y a la modificación equitativa o reajuste porque un contrato lesivo es un vicio de la voluntad. Nótese que salvo el primer modelo, los otros dos se alejan del modelo romano de establecer un límite cuantitativo.

¹⁴ Tomamos en cuenta los requisitos mencionados por un sector de la doctrina pero añadimos otros: Perfetti, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

III. LOS MODELOS FRANCÉS, AUSTRIACO E ITALIANO DE CONTRATO DE LESIÓN ENORME

El primer modelo está representado por el Código Civil francés de 1804 (en adelante, Cc.Fra.), el Código Civil austríaco de 1811 (en adelante, Cc.Aus.) y el Código Civil italiano de 1942 (en adelante, Cc.It.).

El Cc.Fra. establece dos casos específicos de contratos lesivos: (i) Las particiones pueden rescindirse cuando uno de los coherederos sufre una lesión en más de la cuarta parte (artículo 887); y (ii) Si el vendedor hubiera resultado lesionado en más de siete doceavas partes en el precio de un inmueble, tendrá el derecho de pedir la rescisión de la venta, incluso cuando hubiera renunciado expresamente en el contrato a la facultad de pedir esta rescisión, y que hubiera declarado donar la plusvalía (artículo 1674). Para el último caso se regula un remedio de reajuste: En el caso en que la acción de rescisión fuera admitida, el comprador podrá elegir entre devolver la cosa retirando el precio que hubiera pagado por ella, o guardar la finca pagando el suplemento del justiprecio, con la deducción de la décima parte del precio total (artículo 1681). Lo que caracteriza a la codificación civil francés es el desequilibrio significativo.¹⁵ No hay que olvidar que las fuentes romanas señalaban un límite cuantitativo (la mitad del valor del precio) como justo precio y el precio vil por violencia o fraude.¹⁶

El párrafo 934 del Cc.Aus. estipula que si en los contratos bilaterales una de las partes no ha recibido al menos la mitad de aquello diere a la otra, según el valor ordinario, se le concede a la parte lesionada el derecho de demandar la rescisión del contrato, y que las cosas sean restituidas a su estado anterior; y la otra parte es libre de hacer sustituir el contrato mediante el suplemento de aquello que falta al ordinario valor. El Cc.Aus. privilegia el desequilibrio económico cuantitativo.

El Cc.It. protege a quien sufre un aprovechamiento de un estado de necesidad y de peligro; siempre y cuando haya un desequilibrio cuantitativo. El contrato según el cual una parte ha asumido obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona, puede ser rescindido mediante demanda de la parte que se ha obligado (segundo párrafo del artículo 1447). Si existe desproporción entre la prestación de

¹⁵ Busnelli, Francesco D., “Giustizia contrattuale”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, núm. 19-20, Italia, Mucchi Editore, 2005, p. 536.

¹⁶ Cardilli, Riccardo, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Italia, Giappichelli, 2010, pp. 229-234.

una parte y la de la otra, y si la desproporción ha dependido de la situación de necesidad de una parte, del cual la otra se ha aprovechado para obtener ventaja, la parte damnificada puede demandar la rescisión del contrato (primer párrafo del artículo 1448). La acción no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación realizada o prometida por la parte damnificada tenía al momento del contrato (segundo párrafo del artículo 1448).

En el modelo italiano concurren los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de urgente necesidad o de peligro; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio cuantitativo que exceda el valor de la mitad de la prestación.

En cuanto a los remedios se indica que el juez, al dictaminar la rescisión, puede, según las circunstancias, asignar una compensación equitativa a la otra parte, por la obra prestada (segundo párrafo del artículo 1447). De manera incomprensible, el lesionante o el contratante contra el cual se demanda la rescisión puede evitarla si ofrece una modificación del contrato suficiente como para reestablecer la equidad (artículo 1450). Por último, la rescisión se diferencia de la anulabilidad en que el contrato rescindible no puede ser convalidado (artículo 1451). En cambio, la anulabilidad puede convalidarse.

El modelo italiano¹⁷ definió al contrato rescindible según el cual una parte asume obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona.

El estado de peligro en la práctica no es de gran importancia: puede ser el caso de quien temiendo un inminente peligro por su propia salud o de una persona que estima, acepta de pagar al quirúrgico una retribución superior a los honorarios profesionales ordinarios; o el caso de quien, habiendo sufrido un accidente de tránsito, acepta pagar una suma desproporcionada al automovilista que lo lleva al hospital.¹⁸ Por peligro se entiende la posibilidad de un daño que debe ser actual y grave contra los derechos

¹⁷ Zatti, Paolo, "Validità e invalidità del contratto", *Lineamenti di diritto privato*, 10ª ed., Italia, Cedam, 2005, pp. 497 y 498. Alpa, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, Italia, Cedam, 2006, pp. 141-145.

¹⁸ Galgano, Francesco, *Diritto privato*, 10ª ed., Italia, Cedam, 1999, p. 348.

de la personalidad. El fundamento de la rescisión por estado de peligro es la protección de la libertad de determinación del contenido del contrato.¹⁹

El estado más importante y en la práctica más frecuente es el de necesidad. Es el caso de quien, hallándose en dificultades económicas, vende sus propios bienes para obtener dinero, y el comprador que sabe de tales condiciones de necesidad del vendedor, aprovecha ofreciendo un precio irrisorio. Este estado de necesidad debe cumplir un requisito objetivo el cual es que la prestación recibida debe ser inferior a la mitad del valor que la prestación ejecutada tenía al tiempo del contrato.²⁰ Los elementos constitutivos del estado de necesidad son: 1) un complejo de intereses para satisfacer; 2) una deficiencia de bienes para satisfacer tales intereses o las necesidades según las cuales son satisfechos los mismos intereses; y 3) las eventuales consecuencias dañosas que pueden derivar de la ausencia de satisfacción.²¹

La ley italiana establece un plazo breve de prescripción de un año computado desde la celebración del contrato. Además, excepcionalmente se indica que la excepción de rescisión también prescribe al año desde la celebración del contrato con lesión enorme. Esta regulación excluye la perpetuidad de la excepción y la retroactividad de la rescisión respecto a todos los terceros.²²

El modelo italiano ha sido criticado. Se ha manifestado que nada impide ver el estado de necesidad como una figura análoga a los vicios de la voluntad. Bastaría abolir el nombre de “rescisión” y se podría hablar pacíficamente de anulabilidad por estado de necesidad. Además se debería entender que las “condiciones inicuas” se refieren a la desproporción económica o será mejor establecer un concepto más amplio de rechazo al sentido moral.²³

Entonces, un contrato es rescindible cuando una parte lo celebra bajo condiciones desequilibradas, debido a un estado de necesidad conocido por la contraparte o a un estado de peligro inminente al cual se encuentra expuesto la propia parte o un tercero, de sufrir un daño grave. Además del estado de necesidad o del estado de peligro se requiere el aprovechamiento injustificado, es decir, la ventaja obtenida mediante el abuso o la explotación.

¹⁹ Carpino, Brunetto, *La rescissione del contratto*, Artt. 1447-1452 C.C., Italia, Giuffrè, 2000, p. 24.

²⁰ Galgano, *op. cit.*, p. 348.

²¹ Carpino, *op. cit.*, p. 34.

²² Santoro-Pasarelli, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Reimpresión, Italia, Jovene, 1997, p. 263.

²³ Mirabelli, Giuseppe, *La rescissione del contratto*, Italia, Jovene, 1951, p. 24.

Para unos el contrato rescindible tiene un defecto genético parcial de la causa.²⁴ Para otros el defecto es genético y funcional porque ella garantiza la libertad de la voluntad (como la anulabilidad por vicios de la voluntad) y la salvaguardia del principio de la equidad contractual. Además el defecto o vicio se refiere propiamente al contrato-acto, mientras los efectos de la rescisión se refieren a la relación.²⁵ En cambio, otros consideran que la rescisión constituye una especie de invalidez del contrato que presenta algún aspecto de analogía tanto con la nulidad como con la anulabilidad.²⁶ El límite cuantitativo a los contratos con lesión enorme es una herencia del Derecho romano, sea cual sea el fundamento y el remedio de un contrato con lesión enorme en el primer modelo.

IV. EL MODELO ALEMÁN DE CONTRATO CON LESIÓN ENORME

El segundo modelo está representado por el Código Civil alemán de 1896 el cual establece como remedio la nulidad de un negocio jurídico con lesión enorme con características amplias y específicas del concepto de abuso de la autonomía privada. El primer párrafo del parágrafo 138 indica que un negocio jurídico es nulo por atentar contra las buenas costumbres. En el segundo párrafo del parágrafo 138 se especifica que en especial un negocio jurídico es nulo cuando alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación. Para la codificación alemana, “justo en el derecho de los contratos es aquello que han estipulado las partes siempre que no sea abusivo”.²⁷

En el modelo alemán concurren los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de urgente necesidad, imprudencia o inexperiencia; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo. La solución propuesta da

²⁴ Torrente, Andrea y Schlesinger, Piero, *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., Italia, Giuffrè, 2004, p. 208.

²⁵ Paradiso, Massimo, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Italia, G. Giappichelli, 2001, p. 375.

²⁶ Checchini, Aldo, “La patologia”, *Lezioni di diritto privato*, Italia, Giappichelli, 2007, p. 197.

²⁷ Busnelli, *op. cit.*, p. 536.

realce a la intrínseca inmoralidad del desproporcionado aprovechamiento.²⁸ Ello permite la previsión de situaciones inadmisibles moralmente y diferentes a las situaciones de urgente necesidad, imprudencia o inexperiencia.

El negocio jurídico con lesión enorme o el negocio usurario son nulos si sólo es usurario una parte del negocio. Puede exigirse la devolución de la prestación hecha. En caso de usura es nulo no solo el convenio causal sino también el negocio de cumplimiento. Por consiguiente, nada se opone que un contrato en que la prestación y la contraprestación sean extraordinariamente desproporcionadas, según la opinión general de los hombres que piensan con espíritu de equidad y justicia, se tenga por contrario a la moral, y, en consecuencia, por nulo a tenor del § 138 ap. 1, aunque no medie explotación de la situación de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia. Por lo demás, la simple desproporción entre prestación y contraprestación no puede todavía dar lugar a la nulidad según el § 138 ap. 1. Debe añadirse un elemento subjetivo, del que se desprenda la inmoralidad de la acción, sobre todo de una intención reprobable. La nulidad según el § 138 ap. 1 puede darse también sobre todo en los casos de aprovechamiento inmoderado de la prepotencia económica o de la posición, absoluta o relativa, de monopolio, que lleva a condiciones contractuales prácticamente injustificadas, contrarias a la equidad y opresivas (por ejemplo, en el orden de las cláusulas de no responsabilidad), como también en los casos de aprovecharse de la mayoría que se tiene en una sociedad para perseguir intereses egoístas contrarios a los de la sociedad.²⁹

V. LOS MODELOS PORTUGUÉS Y SUIZO DE CONTRATO CON LESIÓN ENORME

El tercer modelo está representado por el Código Civil portugués de 1966 (en adelante, el Cc.Por.) y el Código suizo de las Obligaciones de 1912 (en adelante, el Co.Sui.).

El modelo del Cc.Por. privilegia la regulación del abuso de la autonomía privada como un problema de formación irregular de contrato y por eso incluye al negocio jurídico con lesión enorme como cuarto vicio de la de-

²⁸ Ferri, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Italia, Cedam, 2004, p. 272.

²⁹ Ennecerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General)*, Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol, 3ª ed. española a partir de la 39ª ed. alemana definitiva (1959-1960) al cuidado de Antonio Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, España, 1981, vol. II, Segunda Parte, pp. 645 y 646.

claración de voluntad. El numeral 1 del artículo 282 indica que es anulable, por usura, el negocio jurídico, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados.

En el modelo portugués concurren los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de dependencia, urgente necesidad, ligereza, inexperiencia, debilidad mental y debilidad de carácter; (b) conocimiento del lesionado de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo.

El modelo portugués establece que un negocio jurídico es anulable por usura, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados. Este modelo prefiere una apreciación objetiva de la injusticia de la situación, independientemente de la observación de cualquier valoración de la moral social.³⁰ Un sector de la doctrina considera que debió regularse en términos de nulidad exactamente como sucede en aquellos negocios cuyo contenido es desaprobado por el orden jurídico³¹ al igual que el modelo alemán el cual representa un avance en busca de la justicia material.³²

La anulabilidad del negocio jurídico con lesión enorme es objetiva en el sentido de la obtención de beneficios excesivos e injustificados, alcanzados mediante la explotación, por uno de los dos contratantes, de la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter del otro contratante.³³ Lo que caracteriza es el propio desequilibrio objetivo en las posiciones de las partes.³⁴

³⁰ Oliveira Ascensão de, José, *Direito civil, Teoria geral, Acções e factos jurídicos*, 2ª ed., Portugal, Coimbra Editora, 2003, vol., II, p. 337.

³¹ Hörster, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Portugal, Edições Almedina, 2005, p. 557.

³² Menezes Cordeiro, António, *Tratado de direito civil português. Parte General. Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, 3ª ed. (Aumentada y totalmente revisada), Portugal, Livraria Almedina, 2005, t., I, p. 644.

³³ Galvão Telles, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed. actualizada, Portugal, 2002, p. 125.

³⁴ Oliveira Ascensão de, *op. cit.*, p. 338.

Los presupuestos para la lesión enorme son los siguientes:³⁵ (i) una situación de necesidad existe cuando existen graves inconveniencias de naturaleza política, social, habitacional o estrictamente personal de una persona que le provoca la necesidad imperiosa de obtener una prestación para liberarse de las dificultades; (ii) la inexperiencia es una situación excepcional que ocurre en condicionalismos específicos y se define en términos relativos de acuerdo a los tipos de negocio y de las situaciones concretas. Existe en los casos en que el discernimiento necesario y adecuado no fue adquirido o se perdió por varias causas; (iii) la ligereza significa un comportamiento irreflexivo, inmaduro e imprudente, siendo una manera liviana e irresponsable de actuar una característica de la persona y no de una falta esporádica u accidental; (iv) la dependencia existe cuando la autonomía de decisión está limitada por el hecho; (v) la situación de estado mental debe incluir limitaciones de las facultades mentales o estados de emoción o de descontrol que restringen el discernimiento del interesado y afectan sus capacidades decisorias; (vi) la debilidad de carácter se verifica cuando una persona no está en condiciones morales o no tiene la fuerza anímica para comportarse debidamente, a pesar de poder poseer perfecta lucidez respecto de la situación o de su comportamiento.

Además de los estados descritos debe existir un aprovechamiento consistente de por lo menos una de las seis situaciones de inferioridad descritas. Es suficiente que una parte se aproveche conscientemente de la situación de inferioridad de la otra parte, de que tiene conocimiento, para obtener beneficios.

El último presupuesto es la desproporción excesiva e injustificada entre el beneficio obtenido y la contraprestación dada. Solo habrá beneficios excesivos e injustificados cuando, según todas las circunstancias, la desproporción excede los límites de alguna justificación.³⁶

En cuanto a los remedios, además de la anulabilidad, el lesionado puede requerir la modificación del negocio según los juicios de equidad (numeral 1 del artículo 283). El lesionado tiene un poder alternativo de pedir la anulación o la modificación del negocio jurídico con lesión enorme.³⁷ Si el lesionado formula la anulabilidad, la parte contraria tiene la facultad de oponerse al pedido, declarando aceptar la modificación del negocio en los términos del numeral anterior (numeral 2 del artículo 283).

El artículo 21 del Co.Sui. señala que en caso de desproporción manifiesta entre prestación y contraprestación derivadas de un contrato, a cuya cele-

³⁵ Hörster, *op. cit.*, pp. 557-559.

³⁶ Mota Pinto, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Portugal, Coimbra Editora, 2005, p. 536.

³⁷ Pais de Vasconcelos, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Portugal, Edições Almedina, 2005, pp. 467 y 468.

bración se llegó por el aprovechamiento de una de las partes de la necesidad, la inexperiencia o de la debilidad mental de la otra, la perjudicada puede declarar, dentro del plazo de un año, que el contrato no se mantiene y exigir la restitución. En este modelo concurren los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de urgente necesidad, inexperiencia o debilidad mental; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo.

VI. LOS PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN EN CONTRATOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO CON LESIÓN ENORME

Los proyectos de armonización en contratos y obligaciones siguen predominantemente el modelo del Cc.Por. Citaremos al *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia* (en adelante, el CEC), a los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT* (en adelante, los PU), a los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos [Principles of European Contract Law]* (en adelante, los PEC), al *Proyecto del Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo [Common Frame of Reference]* de 2009 (en adelante, el CFR), al *Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil Francés de 2005* (en adelante, el APRCC de Francia), y a la Propuesta española de *Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* de 2009 (en adelante, la PALMOC de España).

El numeral 3 del artículo 30 del CCE regula como remedio la rescindibilidad cuando una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero. El CCE sigue el modelo italiano y toma en cuenta los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de incapacidad natural (incapacidad de entender y de querer), de dependencia y de inexperiencia; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo.

El remedio jurídico a favor del lesionado es la rescisión en el CCE. El lesionado debe comunicar al lesionante su decisión de impugnar el contrato por lesión enorme (numeral 1 del artículo 156 del CCE). Luego de la comunicación, no puede interponerse ninguna acción antes de que hayan transcurrido 3 meses desde la recepción de la mencionada declaración, para los casos urgentes (numeral 2 del artículo 156 del CCE). El lesionante puede interponer al sujeto legitimado —o a su representante legal si se trata de un incapaz— para que declare en un plazo no inferior a 60 días si va a proceder o no a la rescisión del contrato. Se entiende a todos los efectos que el sujeto cualificado o su representante legal renuncian a ejercer el derecho de rescisión si transcurre el plazo sin contestar el requerimiento (numeral 3 del artículo 156 del CCE). El derecho a rescindir el contrato queda sometido a un plazo de prescripción de tres años desde la fecha de la celebración del contrato (numeral 4 del artículo 156 del CCE). El contrato rescindible no es susceptible de confirmación, pero la rescisión no se produce si su contenido se rige por la equidad en base al acuerdo de las partes o, a una decisión judicial a instancia de una de ellas (numeral 6 del artículo 156 del CCE).

El numeral 1 del artículo 3.10 de los PU concede el remedio de la anulabilidad a la parte lesionada si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, de la aflicción económica o de las necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y tomando en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato. Para determinar el contrato con lesión enorme se utilizan como criterios la “naturaleza” y la “finalidad” del contrato.

En general, los PU siguen el modelo portugués y toma en cuenta los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de dependencia, dificultad económica, urgente necesidad, incapacidad de previsión, ignorancia, inexperiencia, defecto de capacidad en las contrataciones; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo.

Según el numeral 2 del artículo 3.10 de los PU, a petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

De conformidad con el numeral 3 del artículo 3.10 de los PU, el tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de

la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato.

El numeral 1 del artículo 4:109 de los PEC³⁸ otorga al lesionado el remedio de la anulabilidad si al momento de su celebración una parte dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo. En general, el PEC sigue el modelo portugués y toma en cuenta los siguientes requisitos: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de dependencia, de existencia de una relación de confianza, de dificultad económica, de urgente necesidad, de incapacidad de previsión, ignorancia, inexperiencia; y de defecto de capacidad en las contrataciones; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo. Se utilizan los criterios de las “circunstancias” y del “objeto” del contrato para determinar el contrato con lesión enorme. El “objeto” del contrato es la “finalidad” del contrato. El fundamento de esta afirmación es que para interpretar el contrato se tendrá en cuenta entre otros aspectos, la “naturaleza” y “objeto” del contrato (inciso c) del artículo 5:102 de los PEC). Dicha norma es semejante a la “naturaleza” y a la “finalidad” del contrato como criterios de interpretación del contrato regulados en el inciso d) del artículo 4.3 de los PU.

En relación a los remedios y conforme al numeral 2 del artículo 4:109 de los PEC, a petición del lesionado, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual. Además, el lesionante puede igualmente solicitar al juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella (numeral 3 del artículo 4:109 de los PEC).

³⁸ Hinestrosa, Fernando, “Estado de necesidad y estado de peligro”, en *Revista de Derecho privado*, núm. 8, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 133. Esta doctrina considera más apropiada la regulación de los *Principios del derecho europeo de los contratos*.

El artículo II.-7:207 del CFR establece al lesionado el remedio de la anulabilidad si al momento de su celebración una parte dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperta o carente de capacidad negociadora, y la otra parte conocía o debería haber conocido razonablemente [*reasonably*] dicha situación y, atendidas las circunstancias y la finalidad [*purpose*] del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo. Es claro que hay una gran influencia mayor en los PEC y en menor medida en los PU. Para establecer el contrato con lesión enorme se utilizan los criterios de las “circunstancias” y de la “finalidad” del contrato.

Sobre los remedios y conforme al numeral 2 del artículo II.-7:207 del CFR, a petición del lesionado, el tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando las reglas de la buena fe [*good faith*] y de un trato justo [*fair dealing*]. Además, el lesionante puede igualmente solicitar al Tribunal una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella (numeral 3 del artículo II.-7:207 del CFR).

El APRCC de Francia establece en el artículo 1114-1 que hay abuso cuando el ejercicio del derecho se desvía de su fin o se hace para obtener un provecho manifiestamente excesivo. Pero la norma que regula propiamente la lesión enorme es el artículo 1114-3: hay violencia cuando una parte se compromete bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la otra parte explota esta situación de debilidad para obtener de la convención una ventaja manifiestamente excesiva. Esta norma señala que la situación de debilidad se aprecia de acuerdo con el conjunto de circunstancias, teniendo en cuenta especialmente la vulnerabilidad de la parte que la sufre, la existencia de relaciones anteriores entre las partes y su desigualdad económica. En la exposición de motivos se reconoce que la innovación real proviene de la consagración de la idea de explotación abusiva de una situación de debilidad provocada por un estado de necesidad o de dependencia.³⁹ Este proyecto regula la lesión enorme como violencia económica y al mismo tiempo como vicio de la voluntad. Aunque la lesión enorme también tiene una regulación en el artículo 1122-1 que regula la falta de equivalencia entre las prestaciones

³⁹ Lequette, Yves, Loiseau, Grégoire y Serinet, Yves-Marie, “Validez del contrato – Consentimiento (arts. 1108 a 1115-1)”, en Hinestroza, Fernando (trad.), *El Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil Francés. Libro III, títulos III y XX*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 59.

convenidas en un contrato conmutativo en el caso en que la ley admita la rescisión del contrato por causa de lesión. En concreto, la cláusula que crea un desequilibrio considerable en el contrato en detrimento de una de las partes puede ser revisada o suprimida a petición de esta, en el caso en que la ley la proteja con una disposición particular, especialmente en su calidad de consumidor o, sin más, cuando no fue negociada (artículo 1122-2).

El artículo 1301 de la PALMOC de España establece que una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión.

El PALMOC considera los siguientes requisitos para un contrato con lesión enorme: (a) una asimetría del poder contractual respecto de las situaciones de dependencia, de extraordinaria dificultad económica, de urgente necesidad, de incapacidad de previsión, ignorancia e inexperiencia; (b) conocimiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (c) aprovechamiento del lesionante de las situaciones del lesionado; (d) obtención de un beneficio excesivo o de una ventaja gravemente inequitativa; y (e) un desequilibrio económico cualitativo. Se utilizan los criterios de las “naturaleza” y del “fin” del contrato para determinar el contrato con lesión enorme.

Asimismo, el mismo artículo 1301 de la PALMOC señala que a petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico. La parte lesionada tiene dos remedios jurídicos: la anulabilidad y el derecho de pedir la modificación equitativa según las cláusulas normativas generales de buena fe y de los usos.

Salvo los CEC que sigue el modelo italiano y el APRCC de Francia, los PU, los PEC, el CFR y la PALMOC de España siguen el modelo portugués con un añadido fundamental que es tomar en cuenta la finalidad del contrato con lesión enorme.

VII. LA CODIFICACIÓN CIVIL LATINOAMERICANA DE CONTRATO CON LESIÓN ENORME

El artículo 1888 del Código Civil chileno de 1855 (en adelante, Cc.Chi.) establece que el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme. El Cc.Chi. sigue el modelo francés. El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que ven-

de; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio (artículo 1889). Asimismo, el comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte (artículo 1890).

El artículo 1405 del Código Civil colombiano de 1887 (en adelante, Cc.Col.) señala que las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. El Cc.Col. es semejante al Cc.Chi. El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme (artículo 1946). El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella (artículo 1947). El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte (artículo 1948).

Por el segundo párrafo del artículo 954 del Código Civil argentino de 1869 (en adelante, Cc.Arg.), el lesionado puede pedir la anulabilidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Esta norma toma el modelo alemán para la construcción del contrato con lesión enorme pero sigue el modelo portugués en cuanto a los remedios jurídicos. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda (cuarto párrafo del artículo 954 del Cc.Arg.). Salvo prueba en contrario, se presume que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones (tercer párrafo del artículo 954 del Cc.Arg.). Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto (cuarto párrafo del artículo 954 del Cc.Arg.).

El primer párrafo del artículo 332 del Código Civil y Comercial argentino de 2014 (en adelante, Ccc.Arg./2014) señala que el lesionado puede demandar la nulidad relativa (anulabilidad) (artículo 388) o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, de-

bilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Dicha norma indica que se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones; y los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. De igual modo, en dicho dispositivo, el afectado tiene opción para demandar la nulidad relativa (anulabilidad) o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

El artículo 17 del Código Civil mexicano de 1928 (en adelante, Cc.Fed. Mex.) establece que el lesionado tiene derecho de elegir la nulidad relativa (anulabilidad) o la reducción equitativa de su obligación por un año, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios, cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga. El modelo portugués ha influido relativamente al Cc.Fed.Mex.

El Código Civil boliviano de 1976 (en adelante, Cc.Bol.) se adhiere a los modelos francés e italiano. El contrato concluido en estado de peligro es rescindible a demanda de la parte perjudicada que, en la necesidad de salvarse o salvar otras personas, o salvar sus bienes propios o los ajenos, de un peligro actual e inminente, es explotada en forma inmoral por la otra parte, que conociendo ese estado de necesidad y peligro se aprovechó de él para obtener la celebración del contrato (numeral I del artículo 560). El juez, al pronunciar la rescisión, reducirá la obligación asumida en estado de peligro y señalará a la otra parte una retribución equitativa acorde con la otra prestada (numeral II del artículo 560). La demanda de rescisión se formula cuando el contrato contiene una manifiestamente desproporcionada diferencia entre la prestación de dicha parte y la contraprestación de la otra, siempre que la lesión resultare de haberse explotado las necesidades apremiantes, la ligereza o la ignorancia de la parte perjudicada (numeral I del artículo 561). La acción rescisoria sólo será admisible si la rescisión excede a la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida (numeral II del artículo 561). El demandado de rescisión puede determinar el juicio si antes de la sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que a juicio del juez sean equitativas (numeral I del artículo 565).

El Código Civil peruano de 1984 (en adelante, Cc.Per.) sigue los modelos francés e italiano. La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el

contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro (primer párrafo del artículo 1447). Si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado (artículo 1448). El demandado puede reconvenir el reajuste del valor. En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato (artículo 1451). En los casos en que la acción rescisoria fuere inútil para que el lesionado, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida, procederá la acción de reajuste (artículo 1452). La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato (artículo 1454).

El artículo 157 del Código Civil de Brasil de 2002 (en adelante, Cc.Bra.) define a la lesión cuando una persona, por necesidad apremiante, o por inexperiencia, se obliga a ejecutar una prestación manifiestamente desproporcionada frente al valor de la contraprestación. El parágrafo § 2 indica que no se declarara la anulación del negocio si se ofreciere un complemento suficiente, o si la parte favorecida ofrece una reducción en su provecho. El negocio jurídico con lesión enorme es anulable (Numeral II del artículo 171 del Cc.Bra.). El Cc.Bra. es semejante al modelo portugués.

VIII. CONCLUSIONES

El mercado se opone al proyecto igualitario. El mercado está por una justicia proporcional, mientras el proyecto igualitario por una justicia distributiva; el mercado favorece los “iguales por excelencia” mientras que el proyecto igualitario favorece a los “desiguales”. El mercado es ciego frente a los individuos, es individualista y daltónico, en cambio, es una máquina despiadada al servicio de la sociedad, es decir, del interés colectivo. El mercado es un orden espontáneo no concebido o diseñado por alguien y, tanto menos, por los capitalistas. No son los capitalistas los que han inventado el mercado; más bien, es el mercado el que ha inventado a los capitalistas. La verdad es que el sistema de mercado camina sobre sus propias piernas y se mantiene en pie por fuerza propia.⁴⁰

⁴⁰ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Traducción de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Taurus, Argentina, 2003, pp. 316 y 317.

En el mercado se producen abusos contractuales porque una parte se aprovecha de la situación de quien no tiene poder de estipular cláusulas o tiene un poder limitado de estipulación. En efecto,

si el poder de dictar las condiciones contractuales se realiza mediante la imposición de condiciones *inequitativas* y que hacen inequitativo el reglamento contractual —o sea en condiciones contrarias a la racionalidad del mercado y que hacen que el reglamento sea contrario a aquella racionalidad— el ejercicio de la libertad contractual se califica de abusivo.⁴¹

El abuso está *en* el contrato ya que se manifiesta por decisión de una parte (que estipula las condiciones contractuales) frente a los daños de la otra (que sufre las condiciones inequitativas).⁴²

Las conclusiones son las siguientes:

1. Las diversidades de conceptos y de disposiciones normativas sobre el abuso contractual en su modalidad de contrato lesivo en los ordenamientos jurídicos europeos transmiten el mensaje que el principio de la prohibición del abuso contractual es derogable por las propias partes contratantes al otorgarse contradictoriamente el derecho de rescisión al lesionado y el derecho de la modificación equitativa al lesionante como el modelo italiano. Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos siguen el mismo camino de no valorar adecuadamente el principio de la prohibición del abuso de la autonomía contractual.

2. El principio de la prohibición del abuso de la autonomía contractual se basa en el principio romano de la proporcionalidad de las prestaciones. La vigencia del mencionado principio romano debe preponderar en un mundo como el actual donde sobresale negativamente la mundialización de la economía y los abusos contractuales en el contexto latinoamericano.

3. Es paradigmático que las codificaciones civiles anticausalistas alemana y portuguesa hayan desarrollado adecuadamente el abuso de la autonomía privada aunque los remedios jurídicos sean diversos. A diferencia de las codificaciones civiles causalistas francesa e italiana han regulado deficientemente el abuso de la autonomía privada. Es paradigmático que hayan creado un abismo normativo entre la causa ilícita y la lesión enorme. Por otro lado, los PU, los PEC, el CFR y la PALMOC de España siguen preponderantemente la codificación civil portuguesa pero toman en cuenta la finalidad del contrato para la construcción del contrato con lesión enorme.

⁴¹ Di Marzio, Fabrizio, “Divieto di abuso e autonomia contrattuale d’impresa”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 4, año LVII, Julio-Agosto, Italia, Cedam, 2011, p. 498.

⁴² Di Marzio, *op cit.*, p. 498.

4. Una futura armonización del derecho civil latinoamericano sobre el abuso contractual deberá evaluar si toma en cuenta el modelo francés —influenciado fuertemente por el derecho romano— donde el precio justo es el criterio para establecer la lesión y “no se trata de un vicio de la voluntad sino de un vicio derivado exclusivamente de un desequilibrio económico”.⁴³ Sobre el desequilibrio económico cuantitativo, una doctrina española ha expresado que el criterio aritmético genera una gran dosis de inseguridad jurídica, puesto que la ausencia de un criterio legal, si bien apuesta por una solución más flexible, deja en manos de la autoridad judicial la determinación casuística de la ineficacia o no del negocio.⁴⁴

5. Asimismo para una futura reforma en la codificación civil latinoamericana, deberá evaluarse si se elige el modelo del Cc. de Alemania donde el principio de la prohibición del abuso contractual se sustenta en el remedio de la nulidad a favor del lesionado o el modelo del Cc.Por. donde tal principio otorga remedios de la anulabilidad o de la modificación equitativa sólo a favor del lesionado. El modelo alemán de la lesión enorme se enriquecería favorablemente con la normativa civil latinoamericana de la causa ilícita o del fin ilícito. Una doctrina francesa ha afirmado que “la lesión calificada es un instrumento que compite con la causa en la búsqueda de un equilibrio contractual mínimo, y que su simplicidad en términos de inteligibilidad y de previsibilidad constituye una ventaja importante, aun si la causa, por su flexibilidad, presenta la incomparable ventaja de poder ser usada para luchar contra formas de desequilibrio contractual que la lesión calificada no tiene cómo abordar”.⁴⁵ De este modo, el contrato de lesión enorme sería nulo por causa ilícita o fin ilícito. Dicha afirmación sería compatible con el principio romano de la proporcionalidad de las prestaciones.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, *La rescisión del contrato por lesión, Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, España, Tirant lo Blanch, 2003.

ALPA, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, Italia, Cedam, 2006.

⁴³ Menezes Cordeiro, António, *Tratado de direito civil, Parte Geral, Negócio Jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 4ª ed. ref. y act. con la colaboración de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, Edições Almedina, 2014, vol. II, p. 478.

⁴⁴ Abril Campoy, Juan Manuel, *La rescisión del contrato por lesión, Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, España, Tirant lo Blanch, 2003, p. 457.

⁴⁵ Mazeaud, Denis, “Las reformas del derecho francés de contratos”, en González de Cancino, Emilsen *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestroza*, Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2003, t. II “Contratos”, p. 276.

- AMADIO, Giuseppe, “L’abuso dell’autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento”, *Rivista di diritto civile*, Anno LII, núm. 6, noviembre-diciembre, Italia, Cedam, 2006.
- BUSNELLI, Francesco D, “Giustizia contrattuale”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, núm. 19-20, Italia, Mucchi Editore, 2005.
- CARDILLI, Riccardo, *«Bona fides» tra storia e sistema*, Italia, Giappichelli, 2010.
- CARPINO, Brunetto, *La rescissione del contratto*, Artt. 1447-1452 C.C., Italia, Giuffrè, 2000.
- CHECCHINI, Aldo, “La patologia”, *Lezioni di diritto privato*, Italia, Giappichelli, 2007.
- DI MARZIO, Fabrizio, “Divieto di abuso e autonomía contrattuale d’impresa”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 4, Año LVII, julio-agosto, Italia, Cedam, 2011.
- ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General)*, Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol, 3ª ed. española a partir de la 39ª ed. alemana definitiva (1959-1960) al cuidado de Antonio Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, España, 1981, vol. II, Segunda Parte.
- FERRI, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Italia, Cedam, 2004.
- GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 10ª ed., Italia, Cedam, 1999.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed. actualizada, Portugal, 2002.
- HINESTROSA, Fernando, “Estado de necesidad y estado de peligro”, en *Revista de Derecho privado*, núm. 8, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Portugal, Edições Almedina, 2005.
- LEQUETTE, Yves, LOISEAU, Grégoire y SERINET, Yves-Marie, “Validez del contrato – Consentimiento (arts. 1108 a 1115-1)”, en HINESTROSA, Fernando (trad.), *El Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil Francés. Libro III, títulos III y XX*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- MAZEAUD, Denis, “Las reformas del derecho francés de contratos”, en González de Cancino, Emilsen *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2003, t. II Contratos.
- MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português. Parte Geral. Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, 3ª ed. (Aumentada y totalmente revisada), Portugal, Livraria Almedina, 2005, t. I.

- MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil, Parte Geral, Negócio Jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 4ª edición reformulada y actualizada), con la colaboración de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, Edições Almedina, 2014, vol. II.
- MIRABELLI, Giuseppe, *La rescissione del contratto*, Italia, Jovene, 1951.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, 4ª edición por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Portugal, Coimbra Editora, 2005.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, *Direito civil, Teoria geral, Acções e factos jurídicos*, 2ª edición, Portugal, Coimbra Editora, 2003, vol. II.
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Portugal, Edições Almedina, 2005.
- PARADISO, Massimo, *Corso di istituzioni di diritto privato*, G. Giappichelli, Italia, 2001.
- PERFETTI, Ubaldo, “La giustizia contrattuale nel *Draft Common Reference* del Diritto privato europeo”, en ALPA, Guido, IUDICA, Giovanni, PERFETTI, Ubaldo y ZATTI, Paolo (coord.), *Il Draf Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Italia, Cedam, 2009.
- SANTORO-PASARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Reimpresión, Italia, Jovene, 1997.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, traducción de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Argentina, Taurus, 2003.
- SCARSO, Alessandro, *Il contraente «debole»*, Italia, Giappichelli Editore, 2006.
- SCHIPANI, Sandro, “Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, núm. 24, Italia, Mucchi Editore, 2007.
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Italia, Giuffrè Editore, 1990.
- TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero, *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., Italia, Giuffrè, 2004.
- VETTORI, Giuseppe, *Contratto e rimedi*, 2ª ed., Italia, Cedam, 2009.
- ZATTI, Paolo, “Validità e invalidità del contratto”, en *Lineamenti di diritto privato*, 10ª ed., Italia, Cedam, 2005, pp. 497 y 498.

D.46,2,11 PR., PERPLEJIDADES
ANTE UNA PRESUNTA
DEFINICIÓN DE LA *DELEGATIO*

Piero MOSCIATI

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Caracterización de la delegatio*. III. *La insuficiencia de la definición ulpiana*. IV. *Justificación de la insuficiencia de la definición*. V. *Ubicación del fragmento y de la delegatio en la Compilación*.

I. PLANTEAMIENTO

D.46,2,11 pr. (Ulp. 27 *ad ed.*) “*Delegare*” est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit.

(“Delegar” es dar en lugar suyo otro deudor al acreedor, o a aquel que hubiere mandado) (García del Corral)

El fragmento ulpiano contenido en D.46,2,11 pr. es el único texto, de entre los muy numerosos que tratan de la delegación, que parece ofrecer un concepto de la institución. Y es así que ha sido tradicionalmente considerado, desde la Glosa hasta la Pandectística, una definición de la *delegatio*: los autores de esta última corriente suelen calificarlo como “*Legaldefinition*”;¹ y aun alguna manualística recurre a él para expresar el concepto de esta operación jurídica.

¹ Así Danz, “Die delegatio nominis und delegatio debiti: eine Forderungs- und Schulüberweisung”, en *Jherinhs Jahrbucher*, XIX, 1881, pp. 80 y s.; Goldschmidt, “Inhaber-, Order- und exekutorische Urkunden im classischen Alterthum”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (ZSS)*, núm. X, 1889, p. 387; Grandewitz, “Zum Wörterbuche der klassischen Rechtswissenschaft”, en *ZSS*, núm. VIII, 1887, p. 280; recientemente se manifiesta en igual sentido Fuenteseca, *El problema de la relación entre “novatio” y “delegatio” desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 80.

II. CARACTERIZACIÓN DE LA *DELEGATIO*

Adecuada a esta definición, la tradición interpretativa prevalente concebía el fenómeno delegatorio como un mandato dirigido a la realización de una novación subjetiva por cambio de deudor.

Esta visión tradicional del instituto fue radicalmente trastocada, ya a mediados del siglo XIX, por los estudios de Botho von Salpius.² Los novedosos planteamientos de este autor —aunque en muchos puntos no inmunes a la crítica— determinaron un verdadero giro copernicano en los estudios en torno a esta operación jurídica, tanto en el Derecho romano como en el Derecho vigente, puesto que estableció —como ha dicho Gaudemet— “un principio legislativo hoy reconocido por todos: la delegación y la novación son dos instituciones distintas e independientes, entre las cuales no existe lógicamente ninguna relación necesaria”.³

Los numerosos estudios desarrollados permiten —más allá de las divergencias y polémicas sobre ciertos tópicos— caracterizar la *delegatio* como una operación trilateral por la que un sujeto delegatario autoriza a otro delegado para que dé (*delegatio dandi*) o prometa (*delegatio promittendi*) o bien para que se haga dar o prometer por un tercero delegatario (delegación pasiva en el primer caso y activa en el segundo), actuándose con la dación o promesa entre delegado y delegatario dos relaciones causales, las que vinculan al delegante con el delegado y al delegante con el delegatario.

Así, los rasgos constitutivos de la *delegatio* serían: en cuanto a su estructura, la configuración como una operación jurídica compleja, integrada por un acto inicial de autorización o encargo (el *iussum*) y uno posterior de ejecución; luego, en cuanto a su funcionalidad, el cumplir un rol en la simplificación de las relaciones, ya que por ella una sola *datio* o *promissio* constituye o extingue dos relaciones causales, la de valor y la de cobertura.

La doctrina tradicional sostenía que en la base de la delegación se encuentra un contrato de mandato entre delegante y delegado;⁴ concepción alentada por el uso alternativo en las fuentes de las expresiones “*ubere*” y “*mandare*”.

² Salpius, *Novation und Delegation nach römischem Recht*, Berlín, Decker, 1864.

³ Gaudemet, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, Rousseau, 1898, p. 49.

⁴ Cfr. Windscheid, *Pandekten* (trad. italiana de Fadda y Bensa), Torino, 1904, vol. 2,2, p. 185, Cosentino, “Osservazioni in tema di mandatum e di delegatio”, en *BIDR*, núm. 69, 1966, pp. 297 y ss. Para algunos autores el mandato sería doble, presente tanto en la relación entre delegante y delegado como en la relación entre delegante y delegatario; en este último caso dirigido a la aceptación del pago o promesa del delegado, *mandatum accipiendi* o *stipulandi*.

Iussum es una expresión recurrente en diversos ámbitos jurídicos; acorde con su sentido original de ‘orden’ o ‘mandato’ tiene especial relevancia en el derecho público⁵ y en el ámbito de las relaciones potestativas;⁶ o también en el ámbito de las adquisiciones y actos de disposición de hijos y esclavos,⁷ así como en las relaciones negociales de tales subordinados;⁸ y, por cierto, en la delegación, donde se configura como un acto unilateral, informal y revocable que importa una autorización o encargo dirigido a un sujeto delegado⁹ para que dé o prometa a un tercero delegatario, o bien para que reciba o se haga prometer por un tercero.

En cuanto al acto de ejecución del encargo que importa el *iussum*, éste será distinto según se trate de una delegación de dar o de prometer: en caso *delegatio dandi*, el acto ejecutorio antonomástico es la *traditio*¹⁰ (y típicamente la *numratio pecuniae*),¹¹ si bien debieron ser útiles, y aún necesarias, la *mancipatio* y la *in iure cessio*,¹² no consignadas en la Compilación justiniana por su obsolescencia.

Zandrino, *La delegatio nel diritto romano. Profili semantici ed elementi di fattispecie*, Napoli, Jovene, 2010, p. 111, n. 43, con bibliografía.

⁵ Bonifacio, s.v. “Iussum”, en *Novissimo Digesto Italiano (NNDI)*, Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1963, vol. IX, p. 393.

⁶ Cfr. Hernanz Pilar, *El iussum en las relaciones potestativas*, Valladolid, Secretariado de publicaciones Universidad de Valladolid, 1993; Valiño, “Las ‘acciones adiecticiae qualitatis’ y sus relaciones básicas en Derecho Romano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, núm. 37, 1967.

⁷ Cfr. Lazo, “‘Iussum’ y ‘nominatio’ en las adquisiciones a través de dependientes”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 31, 2009; Bonifacio, *op. cit.*, p. 395; Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1950, p. 31 y ss.; Valiño, *op. cit.*, p. 413.

⁸ Cfr. Coppola Bisazza, “Aspetti della sostituzione negoziale nell’esperienza giuridica romana”, en *Rivista di Diritto Romano*, núm. III, 2003; Cerami y Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 43 y ss.; Lazo, “Limitación de responsabilidad: bases romanas de un dogma iusprivatista”, en *Revista de derecho* (Valdivia, Chile), vol. 25, jul. 2012.

⁹ Si bien se ha sostenido que el *iussum* se dirige tanto al delegado como al delegatario, la llamada ‘teoría del doble *iussum*’, formulada por Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, París, 1879, pp. 461 y ss.; sin aportar mayor argumentación afirman que el *iussum* constituye autorización a delegado y delegatario Endemann, *Der Begriff der delegatio im klassischen römischen Recht*, Margurg, Elwert, 1959, pp. 25 y ss.; Kaser, “Recensión a Endemann”, en *ZSS*, LXXVII, 1960, p. 465, Talamanca, s.v. “Delegazione (dir. rom.)” en *Enciclopedia del diritto*, v. XI, Varese, Giuffrè, 1962, p. 918; lo mismo pareciera entender D’Ors, “Réplicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta ‘condictio’ sin ‘datio’”, en *IVRA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, núm. 25, 1974, pp. 21 y ss. Convincente la opinión de Betti y Guzmán Brito, en el sentido que el *iussum* se dirige al delegado, pero está destinado a ser comunicado al delegatario (acto recepticio) Betti, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, Cedam, 1960, p. 237; Guzmán Brito, *Derecho privado romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, t. II, p. 63.

¹⁰ A modo de ejemplo, D.23,3,82; D.24,1,4; D.41,2,1,41.

¹¹ D.14,5,8; D.16,1,19,5; D.16,1,8,5; D.38,5,1,16.

¹² Talamaca, *op. cit.*, p. 920, n. 20.

En cuanto a la *delegatio promittendi*, admitía distintos actos ejecutorios: *dotis dictio*,¹³ *expensilatio*,¹⁴ se menciona también la *litis contestatio*,¹⁵ si bien el punto es oscuro;¹⁶ y típicamente la *stipulatio*. Con respecto a esta última figura, motivo de polémica¹⁷ ha sido el si la estipulación delegatoria debía o no ser titulada¹⁸ —esto es, la mención expresa a la obligación precedente—, cuestión ampliamente debatida que remite directamente a la otra, también álgida, de la relación entre delegación y novación.¹⁹ Este punto de la titulación o no de la estipulación delegatoria se encuentra condicionado por las reformas de Justiniano (recogida en C.8,41,8) en materia de *animus novandi*;

Por último, en esta apretada síntesis de la *delegatio*, cabe insistir en el carácter unitario de la misma, no obstante sus dos modalidades, *dandi* y *promittendi*,²⁰ unidad de carácter funcional,²¹ en cuanto que lo característico de la delegación, en ambas modalidades, es el actuar dos relaciones causa-

¹³ Ep. Ulp. 6,2; Ep. Gai. 2,9 [17],3; Gai. 3,95^a.

¹⁴ Gai. 3,130

¹⁵ D.46,2,11,1, mayoritariamente considerado interpolado; así, entre otros, Meylan, “La réforme justinienne de la novation”, en *Acta congressus iuridici internationalis Romae* 1934, Roma, 1935, p. 306; Bonifacio, *La novazione*, Napoli, Jovene, 1959, p. 5 y ss.; Id. “Appunti sulla natura della ‘litis contestatio’” en *Studi in memoria Emilio Albertario*, Milano, Giuffrè, 1953, vol. 1; Voci, “Per la storia della novazione”, en *BIDR*, núm. 68, 1965, p. 152; Masi, s.v. “Novazione” en *Enciclopedia del diritto* (ED), Varese, Giuffrè, 1978, vol. 28, p. 767n.2; Lambrini, *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, Padova, Cedam, 2006, p. 43 y ss.

¹⁶ Talamanca, *op. cit.*, p. 921 n.33.

¹⁷ Véase, con amplia bibliografía, Zandrino, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

¹⁸ El debate acerca de si la estipulación novatoria deba o no ser titulada encuentra un punto de partida en la incongruencia de dos pasajes de las Instituciones de Gayo (Gai. 2,38 y Gai 3,176), contradicción que no logra ser superada por las interpretaciones que se han propuesto; cf. Alonso, *Estudios sobre la delegación I. La doble atribución patrimonial*, Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 2001, t. II, pp. 447 y ss.

¹⁹ Las opiniones acerca de la materia pueden reducirse a tres posiciones básicas: que la delegación siempre opera una novación (Betti, *op. cit.*; Feenstra, “L’effet extintif de la novation” y “Recensión a Endemann”, ambos en *Tijdschrift voor Rechtsgeschieden/Revue D’Histoire du Droit*, núm. 29, 1961); que nunca opera una novación (Salpius, *op. cit.*; Talamanca, *op. cit.*); o bien que ciertos casos la delegación importa novación, específicamente según se trate de delegación titulada o no (con base en tal distinción planteada por Salpius, y sostenida por Endemann, *op. cit.* y el primer Kaser, *op. cit.*)

²⁰ La doctrina tradicional tendía a diferenciar ambas modalidades, considerando propiamente delegación sólo la que importa asunción de una obligación, en tanto que la delegatio dandi se entendía como mandato de pago; en la doctrina reciente el negar la unidad de la institución resulta excepcional: Betti, *op. cit.*, p. 469; Cosentino, “Osservazioni in tema di mandatum e di delegatio”, en *Bullettino dell’ Istituto di diritto romano “Vittorio Scialoja” (BIDR)*, núm. 69, 1966; Fuenteseca, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

²¹ “Identidad de principios y de estructura dogmática”, afirma Talamanca, *op. cit.*, p. 919.

les mediante una sola prestación o promesa; lo que Alonso ha llamado, con terminología moderna, ‘la doble atribución patrimonial’.

En efecto, en las fuentes se encuentran distintos pasajes que demuestran que tanto la delegación de dar como la de prometer producen, con un único acto ejecutorio, una atribución patrimonial tanto en la relación de valor como en la relación de cobertura, y cualquiera que sea la causa de esas distintas relaciones: pago, donación o constituir dote o crédito.²²

III. LA INSUFICIENCIA DE LA DEFINICIÓN ULPIANEA

Ciertamente la pretendida definición de Ulpiano no se ajusta al concepto antes delineado de delegación; ella se muestra excesivamente estrecha. Y es que este pasaje, como definición de la operación delegatoria, resulta ser, por un lado, restrictiva y parcial por otro: parcial porque excluye del todo, en bloque, la *delegatio dandi*; y restrictiva porque minimiza la *delegatio promittendi* al considerarla sólo un caso de delegación pasiva y, aún más, la reduce al solo supuesto en que el delegante sea deudor del delegatario, esto es, que concurra una obligación preexistente.

Contra lo dicho, alguna doctrina considera que el pasaje ulpiano contiene una definición suficiente de la delegación, a nivel sustantivo para unos, en el plano formal para otros.

Así, esta pretendida definición de Ulpiano es invocada —con tono más o menos crítico— como una demostración de la aproximación entre *delegatio* y *novatio*.²³ Pero esta lectura de la delegación como emparejada a la novación, que podría ser justificada desde punto de vista bizantino, que según parte de la doctrina tiende a identificar ambos institutos,²⁴ es inaceptable como interpretación del pensamiento de Ulpiano. Esto porque desde el punto de vista clásico ni la delegación conlleva novación, ni la estipulación entre delegante y delegatario debe necesariamente ser novatoria: prueba de ello son los diversos pasajes en que se alude a supuestos de delegación en que no

²² De entre los numerosos pasajes que fundamentan estas afirmaciones, particularmente elocuentes son, respecto de la *delegatio dandi*, D.50,17,180; D.46,3,56; D.43,6,64; en D.24,1,3,11-13 se expone la teoría celsina del doble trasaso: Celso entiende que al cumplirse la delegación hay una doble *datio*, del delegante al delegado y de éste al delegatario. En cuanto a la *delegatio promittendi*, D.50,16,187, D.46,1,18; D.39,5,21,1.

²³ Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Tübingen, 1955, p. 149; Biondi, “*Delegatio non est solutio*”, en *Banca, Borsa e Titoli di credito*, XVII, 1954, pp. 427 y ss. Cfr. Alonso, *op. cit.*, t. I, pp. 52 y s., con bibliografía.

²⁴ Cfr. Zandrino, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

hay una obligación anterior (indispensable para la novación); tales los casos en que las relaciones llamadas de valor y de cobertura tienen, ambas, por causa o la constitución de crédito o la donación o la constitución de dote.²⁵

En un sentido distinto, Zandrino ha intentado despejar la perplejidad que despierta este pasaje apuntando a la necesidad de diferenciar tipos de definiciones; y que, si bien en una perspectiva moderna parece no ya un requisito sino un implícito la pretensión de exhaustividad, aplicar tal criterio a la experiencia jurídica romana es una anacronismo que puede falsear la comprensión del asunto; apunta que, ante todo, que la definición de un término jurídico puede muy bien prospectar una aclaración lingüística parcial, limitado a una finalidad precisa. En definitiva, entiende que la definición de Ulpiano sería plausible en cuanto se trataría no de una definición con pretensiones de plenitud, sino de una definición de las llamadas ‘explicativas’, cumpliendo aquí —y como es frecuente entre los clásicos— sólo una “genérica función interpretativa”.²⁶

Este planteamiento no parece satisfactorio en cuanto que, si bien pudiera justificar el texto en sí,²⁷ no alcanza a hacerlo respecto de la ubicación y relevancia que alcanza en la Compilación.

IV. JUSTIFICACIONES DE LA INSUFICIENCIA DE LA DEFINICIÓN

La referida perplejidad que suscita el texto ha llevado ya a suponerlo interpolado, pero sin generar consensos, ya a suponerlo mutilado, proponiéndose las correspondientes integraciones, que apuntan a dar un nuevo sujeto al “*cui iusserit*” de fin del párrafo.

Von Salpius quiere integrar la oración final como si rezase *vel cui (non creditori) delegans iusserit promitti*, de modo que la definición pasaría a comprender también la delegación de dar así como el tan controvertido supuesto de la llamada delegación procesal.²⁸

Danz, por su parte, propone una interpretación que, sobreentendiendo igualmente *delegans* como sujeto de ‘*iusserit*’, el término “*reus*” se entiende en sentido amplio, como “parte de una relación obligacional, sea en posición

²⁵ Por vía sólo ejemplar, D.23,3,33, en que, para constituir una dote a favor del delegatario, se delega a un delegado donante.

²⁶ Zandrino, *op. cit.*, p. 28.

²⁷ Lo que tampoco logra, pues parece desatender la consideración del contexto original del fragmento, como veremos *infra* V.

²⁸ Salpius, *op. cit.*, pp. 47 y s.

activa o pasiva”, con lo que el fragmento en estudio pasaría a comprender tanto una delegación con novación pasiva como una delegación con novación activa.²⁹

Estas propuestas no han generado consensos,³⁰ tanto por ser conjeturas que carecen de toda base textual, como porque importan ‘irregularidades gramaticales’; y porque, en definitiva, la hipotética mutilación y su integración, si bien lograrían ampliar en algo la pretendida definición, no darían lugar a un concepto cabalmente correcto y funcional respecto de todo el contenido sobre este instituto que recoge el Digesto, sino que mantendría contradicciones internas, visto que, si bien el mayor número de pasajes tratan de delegaciones novatorias, otros muchos se refieren a delegaciones activas y a delegaciones no novatorias, que aún con las integraciones propuestas no quedarían comprendidas en la definición.

Pareciera que la elucidación del texto que nos ocupa se alcanza por otra vía: Lenel, propone para el pasaje una ubicación original en la rúbrica ‘*ad formulam de pecunia constituta*’,³¹ en la que se trata del *constitutum debiti*; éste era un pacto pretorio por el que el constituyente se obligaba a pagar deuda propia o ajena vencida que tuviera por objeto dinero o cosas fungibles; el edicto pretorio concedía al respecto la *actio de constituta pecunia*. Ahora bien, el *constitutum* no extinguía la obligación precedente, como establece D.13,5,28.³²

Así, en su contexto original, el fragmento ulpiano no pretende constituir una definición de la *delegatio*, sino, simplemente, diferenciar a ésta del *constitutum*.³³ afirmar que “*per constitutum delegatio non fit*”; es decir, que, aunque se perfeccione un *constitutum debiti alieni* a favor del deudor, éste no es liberado, porque el *constitutum* no es útil para realizar aquella delegación que, al proporcionar un nuevo deudor, opera la liberación del nuevo deudor.

De este modo, puesto que el fragmento en su contexto original se proponía sólo diferenciar los efectos del *constitutum* y de la *delegatio*, se refiere sólo a la delegación novatoria pasiva, puesto que, de todas las combinaciones posibles de delegación, esta es la única que presenta puntos de coincidencia con el *constitutum*, al extremo de hacer necesaria la aclaración diferenciadora.³⁴

²⁹ Danz, *op. cit.*, pp 80 y ss.

³⁰ Cfr. Alonso, *op. cit.*, t. I, pp. 85 y s; Zandrino, *op. cit.*, pp. 27 y ss., con bibliografía.

³¹ Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, Tauchnitz, 1889, col. 579, fr. 797 Ulp.

³² D.13,5,28 (Gai 7 *ad ed. prov.*): *Ubi quis pro alio constituit se solutorum, adhuc is, pro constituit, obligatus manet* (Cuando uno contrae constituto de que pagará por otro, permanece, no obstante, obligado aquel por quien contrajo el constituto [García del Corral]).

³³ Cugia, *Indagini sulla delegazione nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, pp. 47 y s.

³⁴ Cugia, *op. cit.*, p. 48; Alonso, *op. cit.*, t. I, p. 87; Zandrino, *op. cit.*, p. 29.

Que este texto no puede considerarse como expresivo del concepto de Ulpiano acerca de la *delegatio* lo demuestra, por lo demás, el hecho que el mismo jurista emplea el término con sentidos distintos al allí recogido.³⁵

V. UBICACIÓN DEL FRAGMENTO Y DE LA *DELEGATIO* EN LA COMPILACIÓN

Pero cuestión distinta es la determinar por qué el pasaje ulpiano pasa a ocupar la posición que detenta en la *Compilación*; y, de modo más general, la ubicación de la *delegatio* en la sistemática justiniana, donde es emparejada con la novación: tanto el título 46 del *Digesto*, como el 8 del *Codex* llevan la rúbrica “*De delegationibus et novationibus*”.

Se ha sostenido que ello es el resultado de la adopción de un orden programático que, si bien no es estrictamente riguroso, pretende privilegiar una representación sistemática fácilmente accesible, aún en perjuicio de las complejidades de la materia.

También se ha señalado, por parte de Zandrino, que en la preponderancia dada por los compiladores a la *delegatio promittendi* habría incidido la reforma justiniana a la novación, cuyo peso habría determinado una particular atención dada al supuesto delegatorio más directamente vinculado a la *novatio*.³⁶ Otros autores³⁷ llevan este argumento más allá, afirmando que en los compiladores habría una noción de la delegación supeditada a la novación. Pero esta afirmación resulta difícilmente aceptable, atendida la abundante presencia de textos clásicos que tratan de la *delegatio* como del todo independiente de la *novatio*.

Von Salpius, conjetura un origen distinto para la ubicación de la *delegatio* en la *Compilación*.³⁸ Afirma que la novación, que en época clásica era considerada modo de extinguir obligaciones, con Justiniano adquiere más bien el carácter de fuente de obligaciones. Por eso en *Código* y *Digesto* es ubicada entre las estipulaciones.

Y el nexo en la *compilación* entre delegación y novación sería puramente ocasional: en la primera edición del *Código* los comisionados habrían creado la rúbrica ‘*De novationibus et delegationibus*’ porque los primeros rescriptos de Gordiano, recogidos en el título correspondiente, trataban de un caso

³⁵ A modo de ejemplo, D.12,1,15; D.24,13,12; D.24,1,3,12-13; D.24,1,5,3-4.

³⁶ Zandrino, *op. cit.*, p. 28.

³⁷ Alonso, *op. cit.*, t. I, p. 87; Bonifacio, *s.v.* “Delegazione (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1968, vol. V, p. 326.

³⁸ Salpius, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

de delegación por medio de novación. Y los Digestos se habrían modelado sobre el Código. Esta construcción, sin embargo, presenta ciertas debilidades: una, que desconocemos la sistemática del primer Codex —si bien se sospecha que seguían la del Teodosiano—;³⁹ otra, que la promulgación de ese Codex⁴⁰ es anterior a la reforma justiniana de novación.⁴¹

Se afirma también, con cierta recurrencia, que descontextualización de la pseudo-definición ulpiana de la delegación, elevando al nivel de definición del instituto lo que no habría sido más que una de sus diversas modalidades, no sería sino consecuencia de la tendencia a concepcionar que manifiestan los comisionados —“infatuados por su manía de generalizar y definir” es la colorida expresión que acuña Cugia—,⁴² lo que, aplicado al material eminentemente casuístico de la jurisprudencia clásica originaría semejantes deformaciones.

Las explicaciones hasta hoy sugeridas por la doctrina tanto para el enyuntamiento de *delgatio* y *novatio*, como para el carácter de definición general que parece alcanzar el texto de Ulpiano, desnaturalizado por su descontextualización, no resultan satisfactorias. Y habiendo condicionado ambas circunstancias toda la doctrina de la delegación, desde la Glosa a la Pandectística, como se dijo, al punto que los Códigos decimonónicos llegan a tratar la delegación conforme a esta matriz, esto es, concibiéndola simplemente como un caso de novación —novación subjetiva pasiva con autorización del antiguo deudor—, desconociendo la totalidad de hipótesis y alcances de la institución, pareciera conveniente someter el asunto a nuevos y más exhaustivos estudios.

En ellos consideramos que habrá de prestarse especial atención, por una parte, a la dificultad de asignarle a la delegación una adecuada ubicación sistemática, atendida la amplitud de la figura y las diversas modalidades que presenta; no sin razón se ha dicho que “la delegación está en todo y en realidad no tiene su lugar en ninguna parte”.⁴³ Y, por otra, a las consecuencias de las reformas introducidas, especial pero no exclusivamente, a la novación, que de ser la consecuencia de ciertas estipulaciones, un *effectus iuris*, pasa a convertirse propiamente en un contrato.⁴⁴

³⁹ Cenderelli, “I giuristi di Giustiniano”, en *Rivista di Diritto Romano*, IV, 2004, disponible en <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>, p. 4.

⁴⁰ Constitución “Summa rei publicae”, de 529.

⁴¹ Constitución “Novationum nocentia corrigentes”, de 530.

⁴² Cugia, *op. cit.*, p. 48.

⁴³ Gide, *op. cit.*, p. 380.

⁴⁴ O, cuando menos, en una institución *sui iuris*, como afirma Meylan, *op. cit.*, p. 329.

CONCRETEZZA E UNITÀ DELLA *SOCIETAS* ROMANA

Pietro Paolo ONIDA

SOMMARIO: I. *Introduzione.* II. *Individualismo e diritto romano privato.* III. *Una visione della gestione dei beni comuni delle societates fra diritto privato e diritto pubblico.* IV. *La considerazione sistematica del diritto associativo in D. 3,4,1 (Gai. 3 ad ed. prov.), con riferimento particolare al contratto di societates.* V. *Verso una prima conclusione: il filtro interpretativo della persona giuridica*

I. INTRODUZIONE

Prima di entrare nel vivo della mia relazione, desidero rivolgere agli organizzatori di questo importante Congresso Latinoamericano de Derecho Romano un ringraziamento particolare per avermi concesso l'onore di prendere la parola. Partecipare oggi a questa bellissima iniziativa, fra così tanti illustri colleghi e cari amici, significa per me anche ritornare con la memoria a quando conobbi la Maestra Mercedes Gayosso y Navarrete. Il sorriso della Maestra, la sua umanità, la sua passione nel lavoro che si esprimeva fra le tante cose nella organizzazione delle varie edizioni del Congresso, a cui oggi partecipiamo, sono sempre di guida e di conforto per me ed è a Lei che rivolgo oggi il mio ricordo più riconoscente e devoto.

Il tema che vorrei affrontare è di essenziale importanza per la scienza giuridica di tutti i tempi. Considerare il tema dell'*arca communis*, vale a dire del patrimonio comune impiegato dalla *societas* e più in generale da un gruppo associativo per il raggiungimento dei propri scopi sociali, significa anzitutto prestare attenzione alle modalità di perseguimento del bene comune nella soluzione della grande questione giuridica, su cui ha richiamato l'attenzione della dottrina Giovanni Lobrano, della considerazione unitaria della attività giuridica compiuta da un complesso di uomini e quindi della 'costruzione' della struttura e dei fini di una aggregazione sociale, a comin-

ciare da quelli della società politica.¹ In altri termini, come si vedrà, significa considerare la *societas* come struttura concreta e come unità.

A tale questione centrale per la scienza, sin dalla filosofia greca è stata dedicata una particolare attenzione che, come tutti sanno, ha dato origine a una pluralità di concezioni anche molto differenti sul piano specifico. Se proviamo a considerare i caratteri generali di tali concezioni ne ricaviamo in sintesi che due sono i fondamentali paradigmi attraverso i quali soprattutto i filosofi della politica e i giuristi hanno colto nei secoli le differenti modalità dell'agire umano all'interno dei gruppi sociali nella ricerca del bene comune: il paradigma, antico, della *societas*, e il paradigma, medievale-moderno, della persona giuridica.

In un Congresso come il nostro, in cui ci si prefigge sempre di dedicare una certa attenzione alla complessità delle relazioni patrimoniali fra i privati in una dimensione non esclusivamente incentrata sull'interesse individuale, vorrei osservare che niente permette di comprendere meglio la distanza fra questi due paradigmi dell'agire umano — *societas* e persona giuridica — quanto la considerazione della loro organizzazione patrimoniale. È appunto in tale organizzazione che emerge in maniera più evidente, all'interno dei due paradigmi, la diversa ideologia connessa ad una differente visione del mondo nella gestione dei beni e persino nel modo di concepire e costruire le stesse relazioni fra gli uomini.

II. INDIVIDUALISMO E DIRITTO ROMANO PRIVATO

Oggi, come tutti sappiamo, la scienza giuridica discute del grande tema della “crisi della persona giuridica”, a fronte del quale sta la “alternativa” del recupero della “società”.² La crisi della persona giuridica, che è anche crisi di una certa nozione di Stato, ha condotto la scienza costituzionalistica a ritenere che la idea stessa di “rappresentanza” politica sia una «una parola vuota, una categoria senza consistenza, uno pseudo-concetto», a valorizzare quindi la idea di una “partecipazione” attiva dei cittadini. Connessa a tale crisi vi è il rifiuto della idea stessa della “delega” rappresentativa.³

¹ G. Lobrano, “La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: ‘persona giuridica e rappresentanza’ e ‘società e articolazione dell’iter di formazione della volontà’. Una ipo-tesi (mendeleeviana)”, in *Diritto@Storia*, 10 (2011-2012).

² Per la prospettiva romanistica in tema di crisi della persona giuridica è fondamentale P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, pp. 163 ss.

³ Come ha ricordato A. Schiavone, *Non ti delego. Perché abbiamo smesso di credere nella loro politica*, Milano 2013, il quale ha mostrato come oggi siano «in crisi gli elementi essenziali del ... funzionamento» del concetto stesso di democrazia.

È questa una crisi che non può essere superata fino a che il modello entro il quale si individuano le soluzioni sia quello stesso che appare irrimediabilmente malato senza alcuna possibilità di guarigione. Occorre, come ha mostrato il mio maestro Lobrano specialmente nella sua ultima produzione scientifica, uscire da questo modello che impedisce di pensare soluzioni realmente diverse ed efficaci.⁴ Occorre, in altri termini, uscire dallo schema dello statualismo e dallo schema della connessa idea della persona giuridica, la cui reale utilità sul piano concreto della tutela delle situazioni giuridiche e della stessa dogmatica appare oggi irrimediabilmente nulla se non dannosa. Non mi è possibile qui affrontare il discorso su un piano generale. Posso rinviare però, cronologicamente, agli scritti di Pierangelo Catalano sulla nozione di *populus* e sulla nozione di *persona* e a quelli di Giovanni Lobrano sulla nozione di *res publica*, di *persona* e di *societas* per richiamare il quadro scientifico entro il quale si situa il mio discorso.⁵

Nell'intento di superare un modello che appare fortemente e irrimediabilmente in crisi, quando ci si rivolga alla esperienza giuridica romana per studiare i "beni di interesse pubblico", dobbiamo naturalmente liberarci di quel vecchio luogo comune che per secoli ha voluto rappresentare i romani come un popolo di individualisti.

È noto che Fritz Schulz, nei suoi *Prinzipien des römischen Rechts*, nel capitolo dedicato al «principio di libertà», parla espressamente di «una costruzione individualistica del diritto privato». Tale costruzione si sarebbe manifestata, da un lato, nella scarsa "simpatia" con la quale i giuristi romani avrebbero guardato alla comunione e, dall'altro, nel «poverissimo sviluppo», sono parole dell'illustre romanista tedesco, «dell'ordinamento delle associazioni private». Con riferimento specifico alla *societas* lo studioso corrispondentemente rileva che tale contratto «contiene appena un minimo di vincoli per l'individuo». Si comprende così, sono ancora parole di questo

⁴ Si veda G. Lobrano, "Dell'*homo artificialis* – *deus mortalis* dei Moderni comparato alla *societas* degli Antichi", in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio* (a cura di A. Loiodice-M. Vari), Roma 2003, pp. 161 ss.; Id., "La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: 'persona giuridica e rappresentanza' e 'società e articolazione dell'iter di formazione della volontà'. Una ipo-tesi (mendeleeviana)", in *Diritto@Storia*, 10 (2011-2012).

⁵ P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, pp. 97 ss.; Id., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., pp. 163 ss.; G. Lobrano, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, pp. 111 ss., con riferimento al quale si vedano anche i contributi riportati sopra alla nota precedente.

autore, il fatto che «il patrimonio sociale è patrimonio comune dei soci per quote ideali, e ognuno può disporre della sua quota».⁶

Non sarebbe difficile ricondurre la impostazione dello Schulz alle dottrine del Mommsen, il quale, nei suoi scritti giovanili, identificava il diritto romano con il diritto delle libertà individuali, che pure sarebbe stato in contrasto con il principio della solidarietà fra i cittadini,⁷ e alle dottrine del von Jhering nel suo generale e ben noto affresco sulla concezione della libertà romana.⁸

Contro la concezione secondo la quale i romani sarebbero stati un popolo di individualisti, si era già espresso, come è noto, Francesco De Martino in uno scritto del 1941, dal titolo significativo *Individualismo e diritto romano privato*, con cui egli reagiva con fermezza agli attacchi del nazionalsocialismo al diritto romano, che dai suoi detrattori era presentato e osteggiato come il diritto proprio del capitalismo.⁹ Con riguardo specifico alla *societas* egli, espressamente in risposta allo Schulz, aggiungeva:

⁶ F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, che cito nella trad. it. *I principi del diritto romano*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze 1946, pp. 131 ss. È assai probabile che nella individuazione di una siffatta costruzione individualistica alla base del diritto romano abbia giocato una parte importante, come osservava acutamente Giovanni Pugliese in un suo contributo su “I principi generali del diritto. L’esperienza romana fino a Diocleziano”, il fatto che l’autore dei *Prinzipien* non si occupasse di veri e propri principi, ma tutt’al più di “caratteristiche” o di “tendenze” dei giuristi romani, e non di “direttive” che «avrebbero guidato (o di fini etico-sociali, verso cui si sarebbero indirizzati) i giuristi e le altre fonti di produzione del diritto». In effetti, lo Schulz, nel capitolo della sua opera citata dedicato alla “libertà”, osservava ancora il Pugliese, «tratta prevalentemente della libertà politico-costituzionale e della connotazione individualistica del diritto privato con accenni alla tendenza romana a privilegiare l’attività economica individuale rispetto a quella associata e ancor più rispetto alla pubblica, delineando una sorta di liberalismo economico romano: tesi indubbiamente interessante, anche se non precisamente dimostrata». G. Pugliese, “I principi generali del diritto. L’esperienza romana fino a Diocleziano”, in *Atti del Convegno I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio)*, Accademia dei Lincei, Roma 1992, pp. 69 ss. (= Id., *Scritti giuridici [1985-1995]*, a cura di L. Vacca, Napoli 2007, pp. 452 ss., da cui si cita).

⁷ Il riferimento è ai *Gesammelte Schriften*, III, pp. 582 ss.

⁸ R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II, 1, pp. 122 ss.

⁹ F. De Martino, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XVI, 1941, pp. 1 ss. (ora in Id., *Diritto e società nell’antica Roma*, Torino 1979, pp. 248 ss.; Id., *Diritto, economia e società nel mondo romano*, I, Napoli 1995, pp. 433 ss.; Id., *Individualismo e diritto romano privato*, Torino 1999, p. 3, da cui si cita), il quale osserva: «Cosa intendiamo per individualismo nel diritto privato? Non già, io credo, la libertà e l’autonomia dell’individuo nei rapporti degli altri membri della società in cui vive, e nemmeno l’essere titolare di diritti soggettivi. Questi sono fondamenti essenziali del diritto privato, senza di che non è concepibile l’esistenza di esso, né ponendoci da un punto di veduta romanistico, né ponendoci da qualsiasi altro punto di vista».

l'idea che la domina non è lo sfavore per i vincoli individuali, ma piuttosto il mantenimento delle stesse relazioni personali esistenti all'atto della costituzione. La *fraternitas*, sotto la cui luce la giurisprudenza considera la *societas*, non può aver luogo tra persone diverse da quelle volontariamente unitesi. Storicamente, l'idea deriva dal regime antico del consorzio tra fratelli.¹⁰

Giuseppe Grosso, recensendo il contributo del De Martino ora richiamato, mise in luce la ambiguità della «accusa di individualismo mossa al diritto romano», la quale «gioca sull'equivoco di questo significato vago e impalpabile della parola e insieme del collegamento alle particolari concezioni concrete storicamente superate». E aggiungeva che «Il momento individuale e il momento sociale si intrecciano nelle realizzazioni degli ordinamenti giuridici in posizioni concrete diverse nelle diverse fasi della storia».¹¹

¹⁰ F. De Martino, *Individualismo e diritto romano privato* cit., p. X, osserva: «Un'idea sola deve essere qui espressa in modo deciso. Le pretese tendenze individualistiche romane si riassumono nella fierezza dei poteri familiari del *pater* e nell'indipendenza della proprietà: l'una e l'altra sono però caratteristiche di un organismo politico ed in quanto tale erasi affermato libero ed autonomo nei confronti altrui. Ma la stessa autorità del *pater* sul gruppo e la soggezione di questo ad un interesse comune divennero in breve grandi fattori di potenza nazionale. Tutto il moto storico del diritto privato di sviluppa comunque nel senso di ricevere nel sistema giuridico positivo idee e forze sociali: *aequitas* romana e romana *bona fides*. Nei rapporti dei vari gruppi familiari tra loro, cioè nel campo delle obbligazioni, ci si schiude fin da età antica la visione di un mondo, nel quale le esigenze della solidarietà sociale erano più imponenti che nel diritto moderno. Gli storici dell'età di mezzo sanno da tempo da quali sistemi siano sorti gl'istituti giuridici del capitalismo: certo tra di essi non vi è il romano». Il De Martino, nel ripubblicare nel 1979 il saggio ora citato in una raccolta di suoi scritti (*Diritto e società nell'antica Roma*), ribadiva: «Io continuo a credere che il sistema romano non fosse individualistico nel senso che si può dare a questo termine, un sistema cioè nel quale sempre e comunque prevalessero gli interessi individuali su quelli sociali».

¹¹ G. Grosso, «Rec. a F. De Martino, *Individualismo e diritto romano privato*», in *Scritti Storico giuridici, IV, Recensioni e ricordi*, Torino 2001, pp. 188 ss. Si veda inoltre Id., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino 1970, p. 228, ove, in un paragrafo intitolato «Il problema dei limiti della proprietà e dell'individualismo' dei Romani», rileva: «Di fronte agli attacchi politici contro il diritto romano, che in tempi a noi vicini si concretarono nell'accusa di individualismo — cui del resto faceva riscontro l'esaltazione che dello stesso diritto romano fu fatta in epoca di rinascenza individualismo —, valenti romanisti furono indotti a ricercare e mettere in risalto elementi comunitari nella Roma primitiva, che una risalente distinzione fra *ius* e *mos* avrebbe relegato nel *mos*, isolando il *ius* nel carattere individualistico) ricostruzione che è già di per se stessa forzata nel modo stesso in cui è 'costruita' e nella schematicità del suo argomentare) oppure a contestare nei singoli aspetti, concretamente valutati, la qualifica di 'individualista'». Dell'insigne Maestro torinese, a proposito della accusa di individualismo mossa al diritto romano, si veda anche le sue *Premesse generali al corso di diritto romano*, 4^a ed., Torino 1960, pp. 14 ss.

Anche la più recente dottrina romanistica riconosce che nella esperienza giuridica romana non sia possibile individuare tendenze esclusivamente individualistiche, ma sia presente una vera e propria rilevanza sociale delle modalità di attribuzione e di utilizzazione dei beni giuridici.¹² Penso in particolare ai diversi contributi presentati all'ultimo convegno di Copanello, in Italia, svoltosi nel giugno del 2014, in cui si è soffermata l'attenzione sui profili dell'abuso del diritto e dei limiti sociali della proprietà.

Il tema dei rapporti tra "proprietà e bene comune" non ha mancato di suscitare nella dottrina romanistica una considerazione per i suoi risvolti sul piano del diritto naturale. Si può citare il libro recente (del 2010) di Wolfgang Waldstein, *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*, tradotto in Italia nel 2014 a cura del costituzionalista Filippo Vari, che, come ha ricordato Maria Pia Baccari Vari nella prefazione al libro, è stato ampiamente citato dal Pontefice Benedetto XVI nel suo memorabile discorso al Parlamento tedesco del 22 settembre 2011. In questa recente opera, l'illustre romanista tedesco ha osservato che

Quando, considerando l'antico diritto romano, si uniscono i concetti di proprietà e di bene comune con la congiunzione 'e', si potrebbe pensare che ciò sia una contraddizione in sé. Perché così infatti si unirebbero concetti che sono per natura contrapposti. Il concetto romano di proprietà sarebbe tipicamente del tutto individualistico, egoistico e orientato negli effetti in senso capitalistico.

E conclude, in maniera forse troppo ottimistica, che invece il «bene comune può però essere assicurato solo sulla base del diritto naturale».¹³

¹² Si possono qui ricordare: M. Brutti, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti due visioni del diritto civile*, Torino 2013, p. VIII, il quale, attraverso le opere di Vittorio Scialoja e di Emilio Betti, ha messo in luce le polemiche accesi attorno agli anni '20 del secolo scorso in merito alla disciplina delle obbligazioni, rilevando come «Dall'individualismo all'affermazione di un primato dell'ordine giuridico e dello Stato: così potrebbe descriversi la vicenda storica che emerge attraverso le opere di Scialoja e di Betti». E ancora: U. Bartocci, *Salvatore Riccobono. Il diritto romano e il valore politico degli* Studia Humanitatis, Torino 2012, pp. 66 ss., il quale attraverso la analisi della opera di Salvatore Riccobono, ha richiamato ancora le polemiche sulla difesa del diritto romano da parte della dottrina italiana contro gli attacchi del partito nazionalsocialista, che nel famoso punto 19 del suo programma gli attribuiva «un carattere eminentemente individualistico». O ancora a F. Longchamps de Bérrier, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino 2013, che ha messo in risalto i profili dell'abuso del diritto e quindi dei limiti della proprietà.

¹³ W. Waldstein, *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*, tr. it. a cura di Filippo Vari, Torino 2014, p. 108.

III. UNA VISIONE DELLA GESTIONE DEI BENI COMUNI DELLE *SOCIETATES* FRA DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO

Nell'affrontare il tema della gestione dei beni comuni delle *societates* si deve tenere conto della diversità di struttura e di scopi che le diverse forme associative in senso ampio rivestivano a seconda della loro tipologia e dei diversi contesti in cui esse operavano.¹⁴

Con riferimento specifico alle associazioni professionali, sappiamo in sintesi che esse avevano una cassa comune. Sappiamo anche che le entrate, oltre che da elargizioni degli stessi membri (i *socii*), effettuate specialmente al momento dell'ingresso di essi nel collegio o anche in ragione di un pagamento mensile, potevano provenire anche da altre fonti, quali ad esempio donazioni fatte da benefattori o rendite da beni immobili.¹⁵ Le formule impiegate nelle fonti per designare tale patrimonio sono assai varie: a parte appunto la espressione *arca communis* sono pure impiegate espressioni come *arca collegii*, *arca publica*, *arca reipublicae collegii*, *respublica collegii*, *ratio publica*. La gestione della cassa comune era affidata a dei *magistri* o *quinquennales*, i quali erano perlopiù assistiti da un cassiere, il *curator*, e meno frequentemente da uno o due questori.¹⁶

È opinione autorevole in dottrina, con riferimento a tali beni comuni, che la organizzazione finanziaria delle forme associative professionali in

¹⁴ La esatta identificazione giuridica delle modalità di appartenenza dei beni comuni riconducibili alle *societates* e alle più ampie e varie forme associative romane, in particolare penso a quelle professionali, trova senz'altro un ostacolo, come ha osservato criticamente Mario Talamanca, nel suo contributo sulla *societas* pubblicato nel 1990 nella *Enciclopedia del Diritto*, nella tendenza dei moderni a non distinguere i caratteri di tali forme che pure ai giuristi romani dovevano senz'altro apparire differenziate. Si veda M. Talamanca, "Società. (Diritto romano)", in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano 1990, p. 814 nt. 2, il quale osserva: «La tendenza della dottrina moderna a non distinguere ... tra figure che ai nostri occhi — ma anche a quelli dei giuristi romani — erano differenziate corrisponde, del resto, alla mancata diversificazione da parte dei contemporanei». Inutile dire, però, che per comprendere le differenze bisogna anche tenere conto delle affinità fra *societas* e le varie forme associative che alla prima si riconducono.

¹⁵ Per la bibliografia sui *collegia* si rinvia agli studi di S. Randazzo, "'Senatus Consultum quo illicita collegia arcentur' (D.47,22,1,1)", in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 94-95 (1991-1992), pp. 49 ss.; Id., "I 'collegia tenuiorum', fra libertà di associazione e controllo senatorio", in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXIV (1998), pp. 229 ss.; Id., "'Collegia iuvenum' osservazioni in margine a D.48.19.28.3", in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXVI (2000), pp. 201 ss.

¹⁶ Per i riferimenti alle fonti si rinvia a E. De Ruggiero, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, I, Roma 1895, p. 680.

Roma antica riveli, per usare le parole del De Robertis, il carattere «eminentemente privatistico delle loro finalità». ¹⁷ Tale carattere, però, non può essere inteso in senso eccessivamente rigido, perché, come è noto, molte forme associative rispondevano anche a fini pubblici. ¹⁸ Attività quali la realizzazione di banchetti comuni e di sacrifici religiosi, di azioni celebrative degli imperatori romani, lo svolgimento di funerali per i soci defunti, per limitarci sempre alle associazioni professionali, non rispondevano certamente a una funzione meramente privatistica, ma assolvevano anche a uno scopo pubblico, con un ingente impiego di risorse attinte alla cassa comune e in vista della gestione dei beni comuni.

Per questa ragione, una valutazione rigorosamente incentrata sulle dinamiche di tipo privatistico finirebbe per privarci della possibilità di considerare nella loro complessità le modalità di gestione dei beni comuni all'interno delle diverse forme associative. Non pare, inoltre, che una valutazione puramente privatistica possa neppure essere utile alla comprensione delle differenze fra le diverse forme associative romane. ¹⁹ Occorre invece considerare, in una prospettiva congiunta fra diritto privato e diritto pubblico, la tendenza presente nelle fonti a costruire un gioco degli specchi, un parallelismo evidente tra la organizzazione delle diverse forme associative e la struttura costituzionale della *civitas*, la quale delle prime costituiva appunto il modello. In effetti, come già riconosceva lo stesso De Robertis, «la organizzazione delle associazioni rivela una costituzione schiettamente democratica, modellata in genere su quella cittadina». ²⁰ Come vedremo subito analizzando il frammento di Gaio riportato in D.3,4,1, *societates* e *collegia* erano organizzati *ad exemplum rei publicae*:

D.3,4,1 pr.-1 (Gai. 3 *ad ed. prov.*) *Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpo-*

¹⁷ Così F.M. De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, Bari 1971, p. 37.

¹⁸ Il caso emblematico di assolvimento di una funzione pubblica da parte di una forma associativa romana è offerto dal collegio dei *fabri*, i quali si occupavano del servizio antincendio con una struttura fortemente gerarchizzata che, a partire dalla nomina pubblica di un *praefectus* a capo di essa, rinvia evidentemente a una organizzazione militare.

¹⁹ Si veda G. Pugliese, “*Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel corso di Gaetano Scherillo sulle cose*”, in *Atti del Convegno Gaetano Scherillo*, Milano 22-23 ottobre 1992, Milano 1994, pp. 182 ss. (= Id., *Scritti giuridici [1985-1995]* cit., p. 799, da cui si cita), il quale osserva che la classica monografia di Gaetano Scherillo sulle *res* si caratterizza per essere stata «attenta a coordinare i dati di natura privatistica con quelli inerenti al diritto pubblico».

²⁰ F.M. De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano* cit., p. 38.

ra: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt. 1. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

Ciò significa in sintesi che tali forme associative erano strutturate secondo un modello societario comune che era alla base della struttura costituzionale della *urbs-civitas*. Particolarmente importante è il quadro di corrispondenze fra la struttura costituzionale della *res publica* e le forme associative nella comune denominazione delle assemblee come *populus*,²¹ il quale è a sua volta diviso in centurie coorti e decurie,²² ove sono assunte le deliberazioni nelle più diverse materie, la riunione delle quali è a volte ‘sostituita’ da una assemblea più ristretta: l’*ordo decurionum*.²³ Al vertice della amministrazione vi era un *magister* o *quinquennalis*, eletto per un quinquennio con funzioni di presidente, al quale erano affiancati per la parte finanziaria un *quaestor* o *arkarius* o, a seconda della tipologia della forma associativa, altre figure specifiche.²⁴

Di tali corrispondenze si trova frequentemente una attestazione nella opera di Cicerone, ove la idea di *societas* è alla base della nozione di *populus* (Cic. *rep.* 1,25,39) e di quella connessa di *civitas* (Cic. *rep.* 1,32,49).²⁵ Celebre in tal senso è il riferimento ciceroniano alle diverse forme societarie, contenuto nel *De officiis*, le quali forme, secondo una progressione avente fondamento nel *ius naturale*, si spingono dal *coniugium*, *principium urbis* e *quasi seminarium rei publicae*, fino alla *societas hominum*.²⁶

²¹ J.P. Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, I, Louvain 1895-1900, rist. an. Hildesheim- New York 1970, p. 358 nt. 2.

²² *C.I.L.* V, 5612; 5701;5738; 5869; 5888.

²³ *C.I.L.* VII, 48; III, 120.

²⁴ Si veda per questi riferimenti F.M. De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, cit., pp. 35 ss.

²⁵ Sulla nozione di *populus* e di *civitas* in Cicerone si vedano G. Lobrano, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, pp. 113 ss.; F. Sini, *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001, pp. 173 ss.

²⁶ Cic. *off.* 1,17,53-54: 53 *Gradus autem plures sunt societatis hominum. Ut enim ab illa infinita discedatur, proprius est eiusdem gentis, nationis, linguae qua maxime homines coniunguntur; interius etiam est eiusdem esse civitatis: multa enim sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates multisque cum multis res rationesque contractae. Artior vero colligatio est societatis propinquorum; ab illa enim immensa societas humani generis in exiguum angustumque concluditur.* 54 *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant*

IV. LA CONSIDERAZIONE SISTEMATICA DEL DIRITTO
ASSOCIATIVO IN D.3,4,1 (GAI. 3 AD ED. PROV.),
CON RIFERIMENTO PARTICOLARE
AL CONTRATTO DI SOCIETAS

Nel frammento tratto dal commento di Gaio all'editto provinciale, D.3,4,1, sopra citato, risulta centrale il problema della organizzazione economica di tali forme.²⁷ Il frammento è stato giustamente considerato — da ultimo dal Cerami — una sorta di manifesto riassuntivo del diritto associativo romano, il «testo guida ad ogni indagine sulla capacità giuridica degli enti a struttura associativa».²⁸

Possiamo qui tralasciare le questioni minuziose relative alla sospetta interpolazione del frammento.²⁹ Mi preme invece porre in rilievo il fatto che il giurista fa preciso riferimento a *societates* contrattuali: non sembra, infatti, che qui il termine *societas* sia da intendere nel senso generico di un riferimento ad una qualsiasi forma associativa.³⁰

libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.

²⁷ Si vedano in questo senso F.M. De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, cit., pp. 386 ss.; P. Cerami, "Impresa e *societas* nei primi due secoli dell'impero", in *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero. Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello, 5-8 giugno 2004*, a cura di F. Milazzo, Milano 2012, pp. 163 ss.

²⁸ F.M. De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, cit., p. 239.

²⁹ Si veda V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, rist., Napoli 1965, pp. 80 ss., il quale pone in luce quel *societas* iniziale da correggere con ogni probabilità in *societatem*. Si è ipotizzato in passato che il termine iniziale *societas* sia stato introdotto al posto di un originario *sodalitium* dai compilatori, i quali avrebbero poi impiegato il nominativo *societas* in quanto avrebbero erroneamente ritenuto il termine *collegium* al nominativo. Lo stato della dottrina, che propende per un originario riferimento nel passo gaiano al termine *sodalitium*, si trova in M.R. Cimma, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano 1981, p. 181 nt. 49, la quale ritiene che «il passo possa essere correttamente interpretato proprio lasciando inalterato nella sostanza il riferimento alla *societas*».

³⁰ Nel senso di un preciso riferimento alla *societas* contrattuale, più precisamente alla *societas publicanorum*, si è espresso Mario Talamanca, nel suo corso di lezioni su "La 'societas', tenuto a Cagliari nell'anno accademico 1961/1962, e pubblicato nel 2012 a cura di Luigi Garofalo, con note di Francesco Sitzia e Carlo Augusto Cannata. Il compianto Maestro, nell'affrontare il tema della «rilevanza esterna del rapporto societario», con riferimento anche al frammento di Gaio ora preso in esame ritiene che «indubbiamente la *societas publicanorum* è una persona giuridica e, conseguentemente, i romani, in alcuni passi, con un generico riferimento alla *societas*, come a persona giuridica, potessero riferirsi a questa. Ciò che toglie qualsiasi portata generale a tali passi». Vi è inoltre da osservare, sempre con Talamanca, che Gaio impiega invece, con una certa "oscillazione", il termine *corpus*. Il giureconsulto inizia con utilizzare «*corpus* per indicare,

Nonostante i probabili rimaneggiamenti, il significato complessivo del frammento gaiano risulta sufficientemente chiaro.³¹ Il giureconsulto osserva, per prima cosa, che non a tutti è permesso di costituire una società (*publicanorum*) o un collegio o un altro *corpus*, poiché si tratta di una materia sottoposta a limiti in forza di leggi, senatoconsulti e costituzioni. Quindi, dopo avere rilevato che i casi in cui è ammessa la costituzione di tali *corpora* sono pochi, elenca, fra di essi, da un lato, le *societates vectigalium, aurifodinarum, argentifodinarum* e *salinarum*, e dall'altro, i *collegia pistorum*, i *collegia naviculariorum* e altri simili.

Dallo sviluppo del discorso emerge inoltre che il tratto essenziale delle società e dei collegi menzionati consiste nell'*habere corpus ad exemplum rei publicae*.³² Tale corporalità si esprime nel fatto che le forme associative alle quali Gaio fa riferimento hanno *res communes*, una *arca communis* e quindi possono agire o essere convenute attraverso un *actor sive syndicus*.³³ Vi è qui evidentemente il ricorso a quel parallelismo fra le forme associative e la struttura costituzionale della *res publica*, che costituisce a sua volta un richiamo a un comune modello societario per le *societates* contrattuali e le altre forme associative.

Il riconoscimento della possibilità per la struttura associativa menzionata di compiere direttamente attività giuridica attraverso un patrimonio comune (*res communes* e *arca communis*) e per mezzo di propri incaricati (non in senso proprio rappresentanti) quali l'*actor* o il *syndicus* avviene in forza di una autorizzazione pubblica, la *permissio*. È discusso in dottrina se la natu-

genericamente, le altre persone giuridiche che non rientrano nei tipi visti», vale a dire nelle *societates* e nelle associazioni professionali, ma poi nel par. 1, usa la espressione *corpus habere* la quale «sembrebbe indicare, più che la persona giuridica, la personalità giuridica di cui questa è dotata». Decisivo mi sembra soprattutto il rilievo di M.R. Cimma, *Ricerche sulle società di publicani* cit., pp. 181 ss., la quale, contro l'opinione di chi vorrebbe che nel passo gaiano il termine *societas* avrebbe sostituito l'originario *sodalicum*, nota che Gaio presenta una "esemplificazione" sia di *societates vectigalium, aurifodinarum, argentifodinarum* e *salinarum*, sia di collegi *pistorum, quorundam aliorum* e *naviculariorum*, che non si comprenderebbe se il passo non fosse riferito anche alla *societas*. Si veda, invece, la traduzione del passo gaiano proposta in Iustiniani Augusti *Digesta seu Pandectae, Testo e traduzione*, I, 1-4, a cura di S. Schipani, Milano 2005, p. 250: «Non è concesso a tutti senza distinzione costituire un'associazione, un collegio o un siffatto corpo».

³¹ Si veda in tal senso M.R. Cimma, *Ricerche sulle società di publicani* cit., pp. 181 ss., a cui si rinvia per una analisi approfondita della letteratura in tema di interpolazione del passo di Gaio.

³² Cfr. M. Talamanca, "Società (Diritto romano)" cit., p. 832, il quale mette in evidenza il fatto che «l'accostamento fra una generica *societas* e corporazioni a carattere pubblicistico è anche in Florent. 8 *inst.*, D.46, 1, 22».

³³ Ritiene interpolata la espressione *sive syndicum* E. Albertario, "Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica", in Id., *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933, pp. 87 ss. Sui problemi connessi alla legittimazione ad agire delle *societates* e dei *collegia* si veda per tutti M. Talamanca, "Società (Diritto romano)" cit., p. 832; A. Biscardi, "Rappresentanza sostanziale e processuale dei 'collegia' in diritto romano", in *Lura*, 31 (1980), pp. 12 ss.; L. Maganzani, *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo editale De publicanis*, Torino 2002, pp. 217 ss.

ra di tale concessione pubblica sia da intendere come una autorizzazione volta a “rimuovere” il divieto stabilito dalla *lex Iulia* come specialmente riteneva il De Robertis o sia invece da concepire come un atto di riconoscimento di una certa “capacità” delle strutture associative menzionate nel frammento,³⁴ una sorta di “personalità giuridica” concessa in forza di una autorizzazione pubblica, secondo un indirizzo autorevole, risalente già ad autori quali Savigny, Waltzing, Mitteis, Eliachevitch, De Visscher, Talamanca.³⁵ Altro problema connesso a quello ora richiamato è se la esistenza della *arca communis* sia da intendere come la spia di una riconosciuta “autonomia patrimoniale” delle forme associative, oppure sia da considerare come un complesso economico eventualmente anche spettante ai soci *uti singuli* e amministrabile a mezzo di un mandatario.³⁶

Si apre così il problema del riconoscimento della *societas* come centro di imputazione di situazioni giuridiche e dunque la questione della responsabilità esterna di essa.³⁷ Con riferimento all’*habere corpus* si è sostenuto di recente in dottrina, penso in particolare a un contributo di Andrea Trisciuglio, che sia la presenza della *arca communis* a determinare la «trasformazione di un debito da individuale a sociale». ³⁸ Prova di tale trasformazione può essere rinvenuta nella disciplina del mutuo stipulato dal *socius*, la cui valutazione peraltro sembra del tutto corrispondente a quella relativa al mutuo contratto dal magistrato municipale. Il piano di queste corrispondenze emerge dal richiamo di due frammenti, il primo di Papiniano, il secondo di Ulpiano:

D.17,2,82 (Pap. 3 resp.): *Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.*³⁹

³⁴ Si veda, per lo stato della dottrina più risalente, F.M. De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, cit., pp. 240 ss., il quale propende per la tesi che identifica l’autorizzazione del testo gaiano col fine del superamento del divieto della *lex Iulia* di dar vita a nuove associazioni.

³⁵ Per i riferimenti alla dottrina si rinvia a M.R. Cimma, *Ricerche sulle società di publicani* cit., pp. 163 ss.

³⁶ Si veda F.M. De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, cit., p. 245 nt. 23.

³⁷ Con riferimento a tale problema, sul piano del diritto pubblico, possiamo qui tralasciare il problema della responsabilità della *societas* verso il *populus romanus*, su cui è intervenuto di recente Andrea Trisciuglio (v. nt. successiva) per soffermarci invece sul piano del diritto privato.

³⁸ A. Trisciuglio, “*Societas publicanorum* e aspetti della responsabilità esterna”, in *Diritto@Storia*, 11 (2013). Sul concetto di *corpus habere* si veda anche J.M. Ribas Alba, *Persona desde el derecho romano a la teología cristiana*, Granada 2012, pp. 94 ss.

³⁹ Si veda G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, 3^a ed., Torino 1991, p. 901; G. Santucci, *Il socio d’opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova 1997, p. 15 nt. 27.

D.12,1,27 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt; alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.*

Possiamo evitare di entrare nel merito della genuinità del frammento di Papiniano, la cui valutazione positiva è ormai data per assodata nella più recente letteratura.⁴⁰ Rileviamo che il discorso di Papiniano rinvia ai termini concreti in cui doveva apparire una *societas*, precisamente una *societas publicanorum*, come parrebbe dal riferimento alla esistenza di una *arca communis*. La espressione *aere alieno* richiama, invece, con ogni probabilità, la esistenza di una causa di mutuo, come attestato dal corrispondente passo dei *Basilici*.⁴¹ Da escludere invece la ipotesi, prospettata soprattutto nella dottrina più risalente, che il giureconsulto facesse qui riferimento ad una

⁴⁰ In passato la interpolazione era stata sostenuta sulla base di una non cesura fra l'andamento della prima parte (*Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur*), ritenuto classico, e della seconda parte del frammento (*nisi in communem arcam pecuniae versae sunt*), che sarebbe stata invece aggiunta in età postclassica, e quindi, nello specifico, sulla base del rilievo che l'uso del plurale *pecuniae* non sarebbe stato possibile per un classico e che il riferimento alla *arca communis* avrebbe costituito una prova che si intendeva alludere ad una persona giuridica sia a base associativa sia a base propriamente societaria. La tesi della interpolazione del passo con riguardo all'uso del termine *pecuniae* si trova in particolare in F. Mancaloni, "La 'in rem versio' nel diritto giustiniano", in *Il Filangieri*, 24 (1899), p. 64; ID. "Contributo allo studio delle interpolazioni", in *Il Filangieri*, 26 (1901), p. 89. Il sospetto di interpolazione del passo, sulla base della considerazione della espressione *arca communis*, è invece in V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* cit., p. 90, il quale parla espressamente di «una persona giuridica a carattere associativo, o di una società contrattuale avente personalità giuridica (come una *societas publicanorum*)». Per lo stato della dottrina meno recente sulla genuinità o meno del frammento si rinvia a M.R. Cimma, *Ricerche sulle società di publicani* cit., pp. 204 ss. e nt. 120, la quale sembra propendere con qualche dubbio per la interpolazione. I sospetti relativi al passo sono risolti definitivamente in senso negativo da F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, p. 71 nt. 5, con l'osservare, da un lato, che il termine *pecunia*, che al plurale ricorre in numerosi frammenti del *Digesto*, starebbe ad indicare il fatto che il denaro versato nella cassa comune dal socio contraente sarebbe potuto derivare da più mutui e non da una unica operazione, e, dall'altro, che la espressione *arca communis* non necessariamente dovrebbe essere ricondotta ad una persona giuridica, poiché anche i soci di una società contrattuale non avente personalità giuridica avrebbero potuto disporre di una cassa per la gestione della attività sociale. Oltre ad Serrao, propendono per la genuinità del frammento: L. Maganzani, *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo editale De publicanis* cit., p. 251 ss. e nt. 109; P. Cerami, "Impresa e *societas* nei primi due secoli dell'impero" cit., pp. 108 ss.

⁴¹ B.12,1,80 (= D.17.2.82), ed. Scheltema, BT 695, 5 ss.: «Τῷ δικαίῳ τῆς κοινωνίας ὁ κοινωνὸς οὐκ ἐνέχεται ὑπὲρ ὧν ὁ κοινωνὸς αὐτοῦ ἔδανεῖσαστο, εἰ μὴ εἰς τὸ κοινὸν ἦλθε τὰ χρήματα»; trad. ed. Heimbach I, 787: *Iure societatis socius non obligatur pecunia a socio eius mutuo sumtae nomine, nisi pecunia in rem communem versa sit*. La tesi è anche di F. Serrao, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, pp. 746 ss. nt. 5, che però non rinvia ai *Basilici*.

applicazione dell'*actio de in rem verso*, alla quale i terzi che avevano stipulato il mutuo avrebbero potuto fare ricorso per far valere la responsabilità dei soci estranei al contratto.⁴² Il Serrao, in particolare, ha sgomberato il campo da tale ipotesi,⁴³ rilevando che l'ambito di applicazione dell'*actio de in rem verso* non ha niente a che fare con l'ipotesi prevista nel frammento di Papiniano.⁴⁴ Un chiarimento importante è ora giunto da Andrea Trisciuglio, il quale ha osservato che «nel caso in cui un *socius*-mutuatario assuma un'obbligazione di restituire una somma di denaro può risultare sì vincolato anche un altro socio, ma a condizione che vi sia stata la *versio* della somma nell'*arca communis*, a condizione cioè che vi sia stato un arricchimento della *societas*». In modo corrispondente a quanto attestato nel frammento ora ricordato di Papiniano, Ulpiano, nel frammento sopra riportato, attesta che il mutuo stipulato dal magistrato vincola la *civitas* quando vi sia stato il versamento del denaro nelle casse della *civitas* stessa. Il criterio della normale estraneità dei soci per l'attività compiuta da uno di essi coi terzi lascia quindi il campo alla responsabilità di essi qualora il socio contraente abbia reso comuni agli altri soci i vantaggi della attività realizzata.

⁴² Sulla questione si veda F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale* cit., pp. 70 ss. nt. 5, che la riconduce alla sua nota lettura circa il «carattere strettamente reale del mutuo», dal quale dipende «l'obbligazione alla restituzione nei limiti in cui il mutuatario è divenuto proprietario della somma ricevuta a mutuo», sui cui però si vedano le riserve critiche di M. Talamanca, «Società (Diritto romano)» cit., p. 833 nt. 206.

⁴³ P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 10^a ed., Torino 1951, p. 410 nt. 1.

⁴⁴ Si veda F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale* cit., pp. 70 ss. e nt. 5: «l'ipotesi prevista dal testo è che il danaro sia stato materialmente versato nella cassa sociale e limitatamente a tale ipotesi sarebbe ammesso, eccezionalmente, il sorgere dell'obbligazione alla restituzione a carico degli altri soci. L'*a. de in rem verso* riguardava invece qualsiasi caso in cui il ricavato da un negozio fosse stato impiegato nell'azienda del principale. Non v'è quindi identità di campo di applicazione fra l'*a. de in rem verso* e l'azione prevista dal nostro fr. 82. Anzi, a ben valutare il caso, ci si accorge di trovarsi di fronte ad un'ipotesi che non ha niente in comune coll'*a. de in rem verso*». Sulla tesi del Serrao, con particolare riferimento alla sua nota lettura circa il «carattere strettamente reale del mutuo», dal quale dipende «l'obbligazione alla restituzione nei limiti in cui il mutuatario è divenuto proprietario della somma ricevuta a mutuo», si vedano però le riserve critiche di M. Talamanca, «Società (Diritto romano)» cit., p. 833 nt. 206; M. Montanari, *Impresa e responsabilità. Sviluppo storico e disciplina positiva*, Milano 1990, p. 7 nt. 9. In particolare il Montanari, ritenendo interpolato l'inciso *nisi in communem arcam pecuniae versae sunt*, sostiene erroneamente che la tesi del Serrao, circa il carattere reale del mutuo che condurrebbe alla rappresentanza da parte di uno dei soci e quindi alla rilevanza esterna del rapporto sociale, non possa essere condivisa poiché la regola enunciata in Papiniano avrebbe avuto una portata generale e non si sarebbe riferita al solo mutuo.

V. VERSO UNA PRIMA CONCLUSIONE:
IL FILTRO INTERPRETATIVO
DELLA PERSONA GIURIDICA

Mi avvio verso una prima riflessione conclusiva. Con riferimento alle modalità di gestione dei beni comuni alle diverse forme associative, la dottrina romanistica è divisa fra due grandi orientamenti a seconda che ritenga o no applicabile la categoria di persona giuridica alla *societas*. Giovanni Lobrano ha mostrato che entrambi tali orientamenti si fondano sull'assunto che solo attraverso la categoria di persona giuridica sia possibile cogliere la unità del gruppo, vale a dire la possibilità che la *societas* sia considerata come centro di imputazione di attività giuridica, soprattutto nel momento in cui esso realizza una attività giuridicamente rilevante all'esterno. In tal modo, si finisce, secondo il mio Maestro, per fondare una equivalenza tra due elementi incomparabili in quanto non omogenei: alla unità del gruppo, infatti, non si contrappone la pluralità (dei soci) come dovrebbe essere naturale, ma si affianca la astrazione, la quale a sua volta, altrettanto naturalmente, andrebbe invece opposta alla concretezza.

La riflessione di Gaio, come si presenta in D. 3,4,1, sembra però caratterizzata da un riferimento concreto alla pluralità delle persone fisiche, gli *omnes*, nello sviluppo del passo denominati, insieme alla concessione della *permissio*, tecnicamente *socii*, i quali associandosi danno vita ad una *societas* o ad un *collegium*. E qui riesce agevole intravedere in Gaio una analisi condotta attraverso il piano visuale della pluralità degli *omnes-socii* e quello congiunto della unità nel *corpus*. Come intendere siffatta unità? Essa mi sembra unità concreta e non astratta,⁴⁵ come emerge dall'impiego in Gaio della espressione *habere corpus*.

Problema del tutto moderno, invece, e per molti aspetti ormai anche privo di interesse, è quello relativo alla categoria da impiegare per designare la natura concreta di una tale unità. Espressioni quali quelle di persona giuridica, soggetto di diritto, con le connesse categorie di capacità giuridica o di personalità, e quindi, secondo una linea che solo apparentemente si distacca dall'atteggiamento scientifico sotteso all'uso di tali categorie, di "centro di imputazioni" o di "situazioni unificate" o peggio di "ente",⁴⁶ non solo non corrispondono ad una linea di pensiero dei giuristi romani attenti alla

⁴⁵ Così G. Lobrano, "La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: 'persona giuridica e rappresentanza' e 'società e articolazione dell'iter di formazione della volontà'. Una ipotesi (mendeleeviana)" cit.

⁴⁶ Così M. Talamanca, "Società (Diritto romano)" cit., p. 832.

valutazione concreta dell'agire umano all'interno del gruppo, ma neppure si mostrano oggi di reale utilità nella comprensione della esperienza antica.

Si deve invece cercare di comprendere meglio in che cosa consista la concretezza della unità quale emerge soprattutto nella nozione del *corpus*.

Non pare possa accogliersi la vecchia impostazione risalente all'Albertario, secondo cui in età classica il termine *corpus* (come anche il termine *universitas*) non sarebbe stato utilizzato «a indicare una persona fittizia, cioè un soggetto giuridico diverso e indipendente dai membri che lo compongono», ma avrebbe individuato la «collettività» dei componenti il gruppo, mentre solo in età postclassica e giustiniana esso avrebbe indicato «l'unità dell'ente stesso: non ha più un riferimento materiale, concreto, ma ideale astratto; non è l'espressione di una collettività reale, ma di un'unità figurativamente rappresentata». ⁴⁷ Siffatta impostazione, che in passato suscitò larghi consensi in dottrina, nel contrapporre un movimento da una concezione concreta della collettività ad una concezione astratta della unità, risente, come ha rimarcato Pierangelo Catalano, di un grave «preconcetto evolucionistico» ⁴⁸.

Anche la tesi di chi ha assunto una posizione di netto rifiuto per certi eccessi dell'Albertario, indicativi di quel «preconcetto evolucionistico» di cui si è detto, ha però spesso finito per essere fortemente condizionata dal presupposto della equivalenza tra unità e astrazione. Così, ad esempio, il De Visscher ha sostenuto che il termine *corpus* in età classica sarebbe stato usato per indicare l'unità, mentre solo alla fine della età classica, sulla base di un suo significato popolare, esso, anche fra i giuristi, sarebbe stato impiegato in senso collettivo secondo un uso divenuto poi comune in età postclassica. ⁴⁹ Ancora a tale linea evolucionistica si può ascrivere l'Orestano, secondo il quale la tesi sopra ricordata dell'Albertario presenta il difetto di fondarsi su una «netta linea di demarcazione fra un'asserita concezione classica — uniformemente seguita in ogni caso — e un'asserita concezione postclassica

⁴⁷ E. Albertario, “*Corpus e universitas* nella designazione della persona giuridica” cit., pp. 99 ss., il quale, conseguentemente alla sua impostazione, sostiene la interpolazione del passo gaiano e dei frammenti in cui si impiega il termine *corpus* per denotare la unità del gruppo.

⁴⁸ Traggo la espressione fra virgolette da P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, p. 166, il quale, pur non riferendosi a un autore determinato, attribuisce il «preconcetto evolucionistico» a quegli orientamenti volti a «proiettare in antico ‘progressivi’ passaggi dal concreto all’astratto». Si veda B. Eliachevitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris 1942, p. 292, il quale ha osservato: «*Dans la conception romaine, le collège restait une pluralité, comme auparavant. Aucun être supérieur mystique ne remplaçait la pluralité vivante des membres*».

⁴⁹ F. De Visscher, “La notion de ‘*corpus*’ et le régime des associations privées à Rome”, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in onore della sua beatificazione*, IV, Milano 1949, pp. 43 ss. (= Id., *Études de droit romain public et privé*, troisième série, Milano 1966, pp. 171 ss., da cui si cita).

e giustiniana, altrettanto uniformemente seguita in ogni caso». ⁵⁰ Siffatta linea di demarcazione secondo l'Orestano non sarebbe mai esistita in quanto da un lato «né i classici in ogni caso seguono la concezione “collettiva”, né i postclassici e i giustinianeî seguono in ogni caso la concezione “corporativa”», e dall'altro «già in età classica si era pervenuti, per astrazione, al concetto di *corpus* come unità ideale e astratta». ⁵¹ Conseguentemente per l'Orestano ancora nel diritto giustiniano vi sarebbero state «testimonianze precise di una certa oscillazione fra le due concezioni: la “collettiva” e la “astratta”». Vi è in tale dottrina un equivoco assai diffuso: quello secondo cui alla concezione collettiva non si oppone esplicitamente una concezione unitaria. Quest'ultima, data più o meno per implicita, viene colta esclusivamente attraverso la astrazione, quasi che il ricorso ad essa sia l'unico modo per configurare la unità del gruppo.

Contro la tendenza all'impiego della astrazione per individuare una collettività di uomini, ha reagito con decisione il Catalano, il quale ha osservato, con specifico riferimento alla nozione di *populus Romanus Quirites*, che «quest'espressione non indica affatto un 'ente ideale' bensì una pluralità di uomini 'riuniti' o 'uniti' (e in quanto tali *populus* e *Quirites*)». ⁵² Tale studioso ritiene che al significato concreto di *populus* «il potere imperiale e, in modo diverso, quello senatorio» siano poi giunti a «sovrapporre una concezione astratta», concezione che avrebbe riguardato anche i termini *corpus* e *universitas*. Astrazione che non è mai, comunque, completa né per il *populus*, né per i *municipia* e i *collegia*. ⁵³ La concretezza è, quindi, una caratteristica essenziale della struttura di *sodalitates* e di *collegia*, in relazione anzitutto alla organizzazione e alla rilevanza esterna di siffatte 'associazioni', senza che si giunga mai comunque a considerarle come *personae*. ⁵⁴

Molto ci sarebbe da osservare ancora a proposito della tesi di Catalano a cominciare dal suo rifiuto per la categoria di persona giuridica, la cui “eliminazione” per l'illustre studioso, il quale in proposito riprende una tesi del Von

⁵⁰ R. Orestano, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Parte Prima, Torino 1959, pp. 137 ss.

⁵¹ R. Orestano, *Il problema delle fondazioni in diritto romano* cit., p. 144, il quale rileva che «l'uso del termine *corpus* è anodino: vale a dire che dietro di esso si può indifferentemente presupporre sia a concezione “collettivistica” e realistica, sia quelle “corporativa” od astratta».

⁵² P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., p. 166.

⁵³ P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., pp. 166; 174.

⁵⁴ Si veda P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., p. 176: «Il senato, il popolo, gli imperatori intervengono più volte, a partire dal I secolo a.C., per regolare la costituzione, la vita e l'estinzione delle 'associazioni' (variamente denominate *collegia*, *collegia sodalicia*, *societates*, *universitates*: Asconio, *In Cornel.* 59, 11; Marciano, D.47,22,1 pr.; Gaio, D.3,4,1 pr.-3) delle quali si viene precisando, grazie anche al lavoro di giureconsulti, la 'rilevanza esterna'».

Lübtow,⁵⁵ non avrebbe alcuna conseguenza negativa; per proseguire con i rilievi in tema di crisi della persona giuridica e di crisi dello Stato; e poi ancora, in merito alla necessità di superare la distinzione corrente tra diritto pubblico e diritto privato e la pretesa separazione fra i membri di una ‘corporazione’ e la ‘corporazione’ stessa, resa accentuata dal ricorso alla categoria di persona giuridica. Qui è importante soprattutto mettere in rilievo il salto in avanti che le tesi del Catalano consentono di fare in relazione alla identificazione della unità del gruppo nei suoi rapporti con la pluralità di persone che lo compongono. Contro le tesi di coloro che in dottrina hanno costruito il presupposto indimostrabile di un passaggio dalla pluralità alla unità percepibile solo attraverso il prisma deformante della astrazione (connessa all’impiego della categoria di persona giuridica), il Catalano oppone il valore permanente della concretezza sul piano storico. L’opposizione astratto-concreto che ancora è presente nella tesi dell’illustre studioso si libera da ogni involucro evolutivistico contro le note tesi dello Schulz sulla presunta incapacità della scienza giuridica romana alla formulazione di concetti astratti.⁵⁶

Il Lobrano, accentuando certi elementi delle tesi del Catalano in merito alla concretezza del *populus*, ha sostenuto di recente la necessità di sottrarsi al presupposto scientifico dominante, secondo il quale, a partire specialmente dal Savigny, la unità debba essere sempre intesa come astrazione.⁵⁷ Concretezza e unità non sono affatto “inconciliabili”, come mostrano i concetti di *populus*, di *collegia* e di *corpora*, che si presentano come unità concrete e dunque come sintesi nuove della pluralità di uomini. Il modo di operare di tali unità concrete, sia nei confronti di altri uomini, sia nei confronti di altri gruppi, non può essere compreso quando lo si identifichi, attraverso una arbitraria assimilazione, con quello delle persone giuridiche e con la connessa categoria di rappresentanza. Nell’operare della *societas*, sul modello della quale sono costruiti gli altri raggruppamenti collettivi, si evidenzia una logica del tutto diversa da quella della persona giuridica: nella *societas* l’atto giuridico è “scomposto” e “ricomposto” nella «articolazione del processo di formazione della volontà» e in quello della sua “manifestazione”, mentre la persona giuridica, in quanto «ente astratto», opera attraverso la «rappresen-

⁵⁵ U. von Lübtow, “Bemerkungen zum Problem der juristischen Person”, in *Studi in memoria di Paolo Koschaker*, II, Milano 1954, p. 510.

⁵⁶ Cfr. F. Schulz, *I principii del diritto romano* cit., pp. 34 ss.

⁵⁷ Si veda F.C. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, II. Band, Berlin 1840, del quale G. Lobrano, “La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: ‘persona giuridica e rappresentanza’ e ‘società e articolazione dell’iter di formazione della volontà’”. Una ipotesi (mendeleeviana)” cit., cap. 4.d., richiama il par. 86 intitolato “Juristische Personen. – Arten”.

tanza/sostituzione» della volontà, ciò che presuppone la sua alterità rispetto a quella degli uomini che compongono la collettività.

Per comprendere come questa unità concreta si presenti di fronte ai terzi e quindi pure intendere la identità della *societas*, la quale permane nel rapporto con la pluralità dei *socii* anche quando muti la identità di un singolo, si può richiamare lo sviluppo storico che dal *corpus* conduce alla *universitas*.⁵⁸

Ha osservato di recente Pietro Cerami che la «locuzione gaiana ‘*corpus habere ad exemplum rei publicae*’» è «espressione denotativa dell’unità concettuale del ‘*corpus*’». Tali «strutture corporative», egli osserva citando Alfeno, in D.5,1,76,⁵⁹ a proposito della *universitas*, «conservano la loro identità giuridica, nonostante il mutare dei singoli componenti» e quindi «fungono, appunto in

⁵⁸ La identificazione della unità coll’astrazione è anche presente nella dottrina che si è occupata della *universitas*: si veda, ad esempio, S. Pugliatti, “Riflessioni in tema di ‘*universitas*’”, in *Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda (Cagliari-Sassari 23-26 maggio 1955)*, Milano 1968, p. 87, il quale, con riferimento alla unità del gregge, dalla cui analisi egli parte per la sua indagine sulla *universitas*, rileva che «Non è precisato né attualmente è precisabile, il tempo in cui il *nomen* indicativo del tipo concettuale cominciò ad essere adoperato a caratterizzare il gregge come tale, e quindi a designare, in concreto, gli animali dai quali è costituito, e in astratto, il complesso unitario che se n’era dedotto». G. Grosso, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose - contratti* (a cura di L. Lantella), Torino 1974, pp. 88 ss., il quale osserva che «anche nel riferimento della parola *universitas* ad indicare una collettività di persone cui si riferisce la titolarità di diritti o rapporti (municipii, ecc.), il che rientra nella storia delle persone giuridiche, si può scorgere come da un generico riferimento alla collettività più materialmente intesa (come p. es. in Gai II,11 ...) si sia passati all’astrattizzazione dell’ente corporativo (come p. es. nell’affermazione di Ulpiano, D. 3,4,7,1, che i crediti e debiti dell’*universitas* non sono crediti e debiti dei singoli: *si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent*). Sul problema del rapporto fra la parte e il tutto, con riferimento a D. 5,1,76 (Alf. 6 dig.), si veda anche B. Biondi, “La dottrina giuridica della ‘*universitas*’ nelle fonti romane”, in *Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda, Cagliari-Sassari 23-26 maggio 1955*, Milano 1968, pp. 29 ss., il quale mette in luce che la «*universitas personarum* è entità che trascende la somma delle singole persone» e che in Alfeno i *iudices*, la *legio*, il *populus* «queste entità sono sempre tali ancorché mutino i singoli componenti». Si veda ora A. Groten, *Corpus und universitas. Römisches Körperrechts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen 2015.

⁵⁹ D. 5,1,76 (Alf. 6 dig): *Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonullus causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicium mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. Respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihil minus eandem navem esse existimari. Quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis constiteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque ean-*

quanto unità-molteplicità di individui, da centri d'imputazione di rapporti giuridici». L'identificazione della *societas*, secondo quella che si è definita una «concezione collettiva»,⁶⁰ con la pluralità dei *socii* è perfettamente compatibile con la nuova sintesi che attraverso la volontà di questi ultimi si crea, in modo che la visione della unità esce rafforzata dalla possibilità che le vicende dei singoli non incidano in maniera determinante su quella identità del gruppo di cui è ora detto. Questa visione della *societas* che dal piano dei rapporti interni si presenta come una unità che assurge a modello delle relazioni giuridiche, nei due ambiti congiunti del *ius privatum* e del *ius publicum*, non cancella la unità né la pluralità connessa ad un modo di concepire le relazioni umane.⁶¹ Definire, pertanto, tale unità semplicemente come «centro d'imputazione di rapporti giuridici» non consente di comprendere, come nel rapporto anzitutto coi terzi, la *societas* sia fattore di produzione di modificazioni della realtà giuridica e non un semplice collettore di effetti giuridici altrove determinati.⁶²

Nel valutare le modalità di gestione dei beni comuni all'interno delle *societates* la dottrina è apparsa fortemente condizionata dalle conseguenze della applicazione della categoria di persona giuridica.⁶³ Il riferimento alla *arca communis* in Gaio e in Papiniano mi sembra sfuggire a questa applicazione e rinviare a una diversa considerazione della concreta struttura organizzativa della *societas*.

dem esse existimari. Sull'accostamento tra *universitas* e *societas* si veda P. Cerami, "Impresa e *societas* nei primi due secoli dell'impero" cit., pp. 109 ss.

⁶⁰ Cfr. P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., p. 167.

⁶¹ Si veda C. Fadda, *L'azione popolare. Studio di diritto romano ed attuale*, I, *Parte storica - diritto romano*, Torino 1894, rist. an. Roma 1972, pp. 310 ss., il quale osserva che non è di "ostacolo" alla concezione ora richiamata il fatto che il *populus* sia «un tutto organico, indipendentemente dagli individui onde consta. Sarebbe lo stesso come chi dicesse, che un gregge non si compone delle singole pecore solo perché malgrado del mutamento di queste resta sempre lo stesso gregge». La frase del Fadda, ora riportata, è citata già da P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., p. 167, il quale rileva corrispondentemente: «Alla permanente identificazione del *populus Romanus* con l'insieme dei *cives Romani* non fa ostacolo la considerazione del *populus* come un tutto indipendente da ciascun singolo».

⁶² P. Cerami, "Impresa e *societas* nei primi due secoli dell'impero" cit., pp. 109 ss., di recente, per tentare di comprendere il valore della espressione *corpus habere ad exemplum rei publicae*, ha ritenuto di potere parlare, secondo l'insegnamento dell'Orestano (*Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino 1968, pp. 101 ss.), per i collegi e le società di «situazioni unificate», vale a dire di «strutture corporative che conservano la loro identità giuridica, nonostante il mutare dei singoli componenti» che nella relazione «unità-molteplicità di individui» costituiscono «centri d'imputazione di rapporti giuridici».

⁶³ Così, ad esempio, M. Talamanca, "Società (Diritto romano)" cit., p. 833, che, con riguardo alla *societas vectigalium*, vede nella rappresentanza «il terzo elemento caratteristico del *corpus habere*».

LOS EDILES CURULES EN ROMA Y EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD (CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL)

Graciano Eduardo PEREIRA SERRACÍN

SUMARIO: I. *Quiénes eran los ediles curules y funciones administrativas que realizaban.* II. *Función jurisdiccional de los ediles curules en materia civil.* III. *Las acciones edilicias redhibitoria y aestimatoria en la compra-venta romana y su proyección en la fijación de concepto de responsabilidad contractual.* IV. *Las acciones edilicias y pretorias protectoras de la seguridad en las vías públicas y su proyección en la fijación de los conceptos de responsabilidad extracontractual (subjettiva y objetiva) del Código Civil panameño.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. QUIÉNES ERAN LOS EDILES CURULES Y FUNCIONES ADMINISTRATIVAS QUE REALIZABAN

Los ediles curules eran magistrados patricios ordinarios de la República romana, sin *imperium*, pero que gozaban de *potestas* con poderes de coerción y represión. Los ediles curules ejercían una magistratura ordinaria, porque formaban parte de la estructura normal y permanente de la ciudad de Roma. Carecían del *imperium* por ser una magistratura inferior, pero tenían derecho de consultar los auspicios, de inquirir la voluntad de los dioses antes de realizar cualquier acto de importancia, ya fuera público o privado. También tenían derecho a utilizar la silla curul, un asiento plegadizo, con adornos de marfil, que podían transportar de un lugar a otro. Fueron creados en el año 367 antes de Cristo, durante la República romana, para que realizaran las siguientes funciones administrativas:

a) la *cura urbis*, o sea, la custodia de la ciudad, que comprendía los servicios de policía o vigilancia de las calles o vías públicas, las medidas de prevención de los incendios, la supervisión de los servicios de limpieza urbana y del acueducto;

b) la *cura annonae*, es decir, el suministro de los abastecimientos de la ciudad, estableciéndose el control de los precios y medidas, y ordenando el funcionamiento de los mercados públicos (que eran los lugares donde se celebraban las compras y transacciones cotidianas de la comunidad romana), como lo fue el Foro Boario para el comercio de animales, el Foro Suarium para el comercio de la carne, el Foro Piscatorium para el comercio del pescado, el Foro Vinarium, para la venta del vino, el Foro Pistorium, para la venta del pan, entre otros. Aunque el gran mercado por excelencia fue el Foro Romano donde se llevaba a efecto la venta al minuto de toda clase de mercancía.

También realizaban los ediles curules la *cura ludorum*, o sea, el cuidado y organización de los juegos públicos.

II. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS EDILES CURULES EN MATERIA CIVIL

Los ediles curules gozaban de jurisdicción civil con respecto a las transacciones y contratos realizados en los mercados de esclavos y animales, y en relación a las materias en que tenían competencia, especialmente en todo lo concerniente a la seguridad en las vías públicas, con facultades para imponer multas por las faltas cometidas contra sus regulaciones.

Al igual que los pretores, los ediles curules gozaban del *ius edicendi*, esto es, de la facultad de fijar y publicar edictos, con las reglas para dirimir las controversias o conflictos surgidos en los mercados públicos, o para fijar responsabilidades cuando se afectaba el uso libre y adecuado de las vías públicas o la seguridad de los transeúntes; por ello gozaban también de la jurisdicción edilicia, o sea, administraban justicia en la esfera de su competencia, otorgaban acciones edilicias para amparar situaciones jurídicas que estaban bajo su protección, como eran, a manera de ejemplo, las derivadas de la compraventa de esclavos o animales en los mercados, tales como la *actio redhibitoria* y la *actio quanti minoris*, o las acciones delictuales *in factum*, cuando había perturbaciones en la vía pública, *verbi gratia*, la *actio aedilitia de feris*, la *actio de effusis et deiectis* y la *actio de positis vel suspensis*.

III. LAS ACCIONES EDILICIAS REDHIBITORIA Y *AESTIMATORIA* EN LA COMPRAVENTA ROMANA Y SU PROYECCIÓN EN LA FIJACIÓN DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1. Los ediles curules, en ejercicio de su actividad jurisdiccional que desarrollaban en los mercados en Roma, dieron origen a muchas de las cláusulas de la compraventa y fijaron con una precisión jurídica admirable, la responsabilidad del vendedor, como parte más fuerte de la relación contractual, estableciendo un adecuado equilibrio frente a la figura del comprador, quien casi siempre se encuentra en una posición desventajosa con respecto al vendedor. A causa de ello, los ediles curules desarrollaron una amplia normativa en el edicto edilicio con respecto a las compraventas de esclavos y animales, que posteriormente Justiniano extendió a la compraventa de todo género de bienes muebles o inmuebles. Los ediles curules impusieron al vendedor la obligación de declarar públicamente las enfermedades, defectos o taras de los esclavos y animales.

Y es así que concedían en el edicto edilicio dos acciones o recursos procesales que el comprador podía utilizar, a su elección, para que pudiese reclamar responsabilidad al vendedor cuando el objeto comprado adolecía de un vicio oculto (defecto no visible ni manifiesto), que mermara total o parcialmente su utilidad, sin que se tomase en consideración el hecho de que el vendedor conociese o no, la existencia de tal vicio. Vemos aquí la génesis de lo que hoy denomina la doctrina moderna el concepto de la responsabilidad contractual, y que en esta situación recae sobre el vendedor.

La primera de las acciones otorgadas al comprador, es la *actio redhibitoria*, que era una acción edilicia que permitía al comprador solicitar la resolución de la venta, cuando el objeto comprado adolecía de vicios ocultos que lo desmejoraban o cuando el vendedor afirmaba tener la cosa vendida cualidades que no poseía, quedando obligado, entonces, el vendedor a devolver el precio con sus intereses, y el comprador la cosa con sus accesorios y frutos. O sea, el comprador podía exigir mediante esta acción la rescisión del contrato de compraventa y la devolución del precio, entregando, a su vez, la cosa al vendedor. Redhibición es hacer que el vendedor tenga de nuevo lo que había tenido, y como esto se hacía restituyendo, por eso se dice ‘redhibición’ como si dijéramos restitución (D.21,1,21).

Esta acción podía utilizarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de conclusión del contrato, o de dos meses si el vendedor no garantizaba lo que se contenía en el edicto de los ediles curules.

Así, a manera de ejemplo, en relación con esta acción redhibitoria, nos señala el Digesto de Justiniano en el libro 21, título 1, párrafo 1:

Dicen los ediles: Los vendedores de esclavos hagan saber a los compradores la enfermedad o vicio de cada esclavo, cuál de ellos tiene hábito de fuga, es vagabundo o se halla bajo la responsabilidad noxal por un delito que cometió. Todas estas cosas serán declaradas clara y verazmente al vender los esclavos, y si se hubiese vendido un esclavo sin observar esto, o en contradicción con lo declarado o prometido al venderlo, de manera que se reclame responsabilidad por ello, daremos acción al comprador o a quienes pertenezca la cosa, para deshacer la venta mediante restitución del esclavo.

Más adelante en el párrafo 18, del mismo libro y título (concerniente al Edicto edilicio) el Digesto de Justiniano, nos dice:

Si el vendedor hubiese afirmado algo respecto del esclavo, y el comprador se quejase que no era así, puede demandar por la acción redhibitoria.... Por ejemplo, si hubiera afirmado que el esclavo era constante, laborioso, rápido, buen vigilante... y por el contrario, se descubre que es inconstante, insolente, ocioso, dormilón, perezoso, lento y glotón.

Por todo esto se considera que debe entenderse de modo que lo afirmado por el vendedor no se exija desconsideradamente, sino con cierta medida, de suerte que si hubiese afirmado que es constante, no se le exija la rigurosa gravedad y constancia de un filósofo, y si se hubiese afirmado que es laborioso y buen vigilante, no debe exigírsele un trabajo ininterrumpido durante el día y la noche, sino que todo esto se ha de exigir moderadamente según lo que es bueno y justo... El vendedor que hubiese declarado que el esclavo es un óptimo cocinero, debe entregar uno óptimo en su arte; pero el que simplemente afirmase que era cocinero, se considera que cumple suficientemente aunque entregue un cocinero corriente.

La segunda acción con que contaba el comprador, era la *actio aestimatoria* o *quanti minoris*, concedida por los ediles curules, para reclamar del vendedor una disminución o reducción en el precio a modo de indemnización. No obstante, se mantenía vigente la compraventa efectuada. Esta acción podía ser ejercida reiteradamente a medida que fueran apareciendo vicios ocultos, si bien sólo dentro del año útil a partir del momento de la venta. En este caso, el comprador conservaba la cosa comprada, pero obtenía una reducción del precio en concepto de compensación por la disminución de la utilidad que prestaba la cosa gravada con el vicio oculto.

2. Nuestro Código Civil se refiere al saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida en el artículo 1254, que reza así:

El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se le destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista...

Para permitir al comprador exigir al vendedor el saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, el Código Civil panameño contempla las acciones redhibitoria y estimatoria en el artículo 1255, el cual establece que “el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos”.

El párrafo segundo de este artículo prescribe que “si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no lo manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión”. Ello significa, que si el vendedor actuó de mala fe, sabiendo que el objeto vendido adolecía de vicios o defectos, está obligado además a indemnizar al comprador, los daños y perjuicios que la venta le haya acarreado.

3. En cuanto al saneamiento de los vicios ocultos, tratándose de la venta de un conjunto de cosas, el edicto edilicio establecía lo siguiente

D.21,1,38 (14) Si se venden caballerías apareadas..., cuando una da lugar a la redhibición, serán restituidas una y otra, con lo cual se favorece al comprador y al vendedor, pues los animales no se separan. De igual modo, si se hubiere vendido un tiro de tres, habrá de hacerse la redhibición total de aquél, y lo mismo si se tratase de una cuadriga. Pero si son dos pares de mulas y una mula tiene vicio, o un par de ellas, solamente un par será objeto de redhibición, y no el otro; sin embargo, si todavía no se habían apareado, sino que únicamente habían sido vendidas cuatro mulas por un solo precio, se dará la redhibición de una mula y no de todos; pues también si se vendiese una potrada (conjunto de potros) diremos que únicamente el caballo con vicio y no toda la potrada debe ser objeto de redhibición.

Este mismo criterio jurídico es seguido por nuestro Código Civil. En su artículo 1261 señala textualmente:

Vendiéndose dos o más animales juntamente, sea en un precio alzado, sea señalándolo a cada uno de ellos, el vicio redhibitorio de cada uno dará solamente lugar a su redhibición, y no a la de los otros; a no ser que aparezca que el comprador no habría comprado el sano o sanos sin el vicioso.

Se presume esto último cuando se compra un tiro, yunta, pareja o juego, aunque se haya señalado un precio separado a cada uno de los animales que lo componen.

Tenemos, pues, aquí un claro ejemplo de cómo ha operado la recepción del derecho romano en la normativa de nuestro Código Civil.

IV. LAS ACCIONES EDILICIAS Y PRETORIAS
PROTECTORAS DE LA SEGURIDAD EN LAS VÍAS
PÚBLICAS Y SU PROYECCIÓN EN LA FIJACIÓN
DE LOS CONCEPTOS DE RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL (SUBJETIVA Y OBJETIVA)
DEL CÓDIGO CIVIL PANAMEÑO

1. Los ediles curules y los pretores protegieron la seguridad de los transeúntes y el uso libre de las vías públicas, sancionando aquellos hechos o conductas que perturbaban los lugares donde la gente pasaba regularmente (*loca qua vulgo iter fiet*); otorgaron acciones para reprimir los actos que afectaban el uso adecuado y libre de la vía pública, utilizando no solamente el criterio de la responsabilidad subjetiva, más sobre todo el criterio de la responsabilidad objetiva, cuando así lo exigían las circunstancias del caso concreto. En este sentido, crearon varias acciones delictuales *in factum*, destinadas a punir ciertos actos ilícitos no regulados por el *ius civile*, destacándose entre dichas acciones, las siguientes:

a. la *actio aedilicia de feris* (acción edilicia en relación con los animales salvajes o fieras).

b. la *actio de effusis et deiectis* (acción pretoria contra quien habitase una casa desde donde se lanzaban a la calle sustancias líquidas u objetos);

c. la *actio de positis vel suspensis* (acción pretoria dirigida contra quien colocaba en aleros o balcones objetos que pudieran ocasionar daños al caer en la vía pública).

Analicemos cada una de estas acciones.

2. *Actio aedilitia de feris*: Los ediles curules, en el ejercicio de las funciones públicas relacionadas a la *cura urbis*, es decir, al cuidado de las vías públicas y seguridad de los transeúntes, fijaron en el edicto la *actio aedilicia de feris*, esto es, la acción edilicia contra las fieras, o animales salvajes, que estatúa lo siguiente: (Digesto 21,1,40)

Nadie tenga perro, cerdo macho, jabalí, lobo, oso, pantera o león, ni, en general, otro animal que pueda causar daño, tanto que estén sueltos como atados, si no pudiesen ser sujetos de modo que no causen daño, por donde se pasa corrientemente, de modo que pudiera perjudicar o causar daño a alguien; si se hubiere infringido esto y por ello hubiere perecido un hombre libre, se condenará a doscientos sueldos; y si se dijese que se había causado daño a un

hombre libre, sea condenado a cuanto al juez pareciese bueno y justo; por los demás daños, el duplo del daño causado o hecho. (Ulp. 2 *ed. aed. cur.*).

Entonces, conforme esta acción, se prohíbe, tener animales peligrosos en la vía pública, no importa si sueltos o atados, si no pudiesen ser sujetos de manera que no ocasionen daño.

Por tanto, no prohíbe la tenencia de animales peligrosos siempre y cuando que se tomen las medidas necesarias para evitar que ocasionen daño a terceros. O sea, que el edicto edilicio no prohíbe la tenencia de animales fieros en las vías públicas con tal que el propietario mantenga un prudente cuidado que evite daños a los transeúntes.

El edicto edilicio tipifica, eso sí, el hecho que cause los daños o perjuicios, es decir, que hay una responsabilidad por el resultado —el daño causado—, en cuyo caso, se estaba obligado a pagar el doble del perjuicio pecuniario sufrido cuando el animal o fiera había destruido bienes o causado daños a cosas. Tratándose de la muerte o lesiones de un hombre libre, el edicto fijaba también la obligación de indemnizar la afectación de la integridad física de los afectados.

No obstante, para que surgiese la responsabilidad del dueño de los animales o fieras que habían causado el daño a los transeúntes, debía darse el elemento subjetivo o intencional. Esto es, que el daño causado debía provenir de la falta de cuidado de quien tenía o llevaba los animales, al no haber tomado las providencias necesarias que hubiesen evitado la causación de los daños. Había, entonces, una responsabilidad subjetiva, ya que el dueño del animal con su conducta descuidada había dado lugar al daño causado por el animal, y por ello, debía responder e indemnizar por los perjuicios ocasionados.

Con respecto al tema de la legitimación, esto es, quién sería la persona legitimada para hacer uso de esta acción edilicia, debemos distinguir las tres diversas situaciones que nos plantea el edicto edilicio en cuanto a los daños sufridos.

a. Si las fieras habían ocasionado daños materiales al patrimonio, correspondía al propietario de las cosas, animales o esclavos afectados, ejercer la acción por los daños causados, extensiva a otras personas que se encontrasen en el momento del suceso, en una determinada relación con la cosa, esclavo o animal afectados; tal sería el caso del usufructuario o del comodatario, entre otros.

b. Si las fieras habían ocasionado la muerte de un hombre libre, como en este caso se trataba de una acción popular, esto es, que podía ser intentada por cualquier ciudadano romano, correspondía su ejercicio primeramente a quien tenía interés y a los afines y parientes cognados del afectado. Nos dice Ulpiano en sus *Comentarios al Edicto* (Digesto 9,5,5) que esta acción sólo

competere dentro del año y no se da contra el heredero ni a favor del heredero o personas similares, ya que es penal y popular. Esta acción pretende sancionar al culpable, por lo que no debe ser utilizada contra los herederos de éste, quienes no habían tenido nada que ver con la comisión del acto ilícito.

En cuanto a su intransmisibilidad activa, esta acción no podía transmitirse a los herederos del sujeto pasivo de la ofensa, salvo que el demandante muera durante la tramitación de la acción, y luego de la celebración de la *litis contestatio*, en cuyo caso se produce un efecto novatorio, que la *condemnatio* se convierte en un crédito transferible a sus herederos.

c. Si las fieras habían ocasionado lesiones a un hombre libre, a éste correspondía ejercitar la acción que tenía un carácter penal y perpetuo, lo cual lo legitimaba de por vida para hacer uso de la misma, y solicitar al juez una indemnización justa y equitativa con relación al daño sufrido.

3. *Actio de effusis vel deiectis* (acción por arrojar líquidos u objetos sólidos). También los pretores, para reprimir actos que afectasen el uso libre y adecuado de las vías públicas, otorgaron en el edicto pretorio una acción contra quien habitase una casa desde donde se arrojasen a la calle objetos líquidos o sólidos y que causasen daño a los transeúntes.

En Digesto 9,3,1 y 2, nos describe el jurisconsulto Ulpiano, en sus *Commentarios al Edicto pretorio*, el hecho que generaba esta acción:

Respecto a los que hubiesen arrojado o vertido algo, dice el pretor: Daré acción, por el doble del daño que se haya causado o hecho, contra el que habitase el inmueble desde el cual se hubiera arrojado o vertido algo en un lugar de tránsito o estacionamiento ordinario. Si se denunciara que por aquél golpe había perecido un hombre libre, daré acción por valor de cincuenta áureos; si viviera y denunciara que se le dañó, daré acción en la cuantía en que pareciese equitativo al juez condenar al demandado...

Nadie hay que niegue que el pretor edictó esto con gran utilidad, ya que es públicamente útil que se transite por los caminos sin miedo ni peligro. Poco debe importar que el sitio sea público o privado, con tal que por él se transite ordinariamente, porque se consideran los transeúntes y no las vías públicas, ya que aquellos lugares por los que ordinariamente se camina deben tener siempre la misma seguridad.

El pretor tipificaba, entonces, como conducta ilícita, verter líquidos o arrojar cosas desde casas o edificios habitados, sobre los lugares de tránsito y estacionamiento ordinarios, causando daño a los transeúntes. Otorgaba el pretor una acción penal dirigida contra quien habitase el inmueble, sin considerar el hecho vinculante —de que le fuese imputable o no la caída—. El pretor establece aquí un criterio de responsabilidad extracontractual objeti-

va, siendo así que no exige la prueba de que quien habita el inmueble hubiese causado el daño, no exige nexo de causalidad entre la conducta de quien habita la casa y el daño causado. No se aplica en esta situación el criterio de la culpa aquiliana. La culpa aquiliana requiere que se dé el nexo de causalidad entre la acción realizada y el evento dañoso o lesión causada, es decir, que pueda atribuirse el hecho ilícito a la conducta culpable del agente, esto es, que haya culpa o negligencia de su parte. En la culpa aquiliana se establece que únicamente se indemnizarán los daños y se impondrá reparación económica del perjuicio ocasionado, si hay culpa. En consecuencia, quien habite la casa responderá por los daños causados, sin que se deba probar la existencia de una conducta dolosa o negligente de su parte, porque se utiliza el criterio de la responsabilidad objetiva.

4. *Actio de positis vel suspensis* (acción por colocar o suspender objetos en los balcones y aleros que dan a la calle). Esta acción era igualmente otorgada por los pretores y ediles curules en su edicto, con el propósito de proteger la seguridad viaria, e iba dirigida contra quien hubiese colocado o suspendido objetos cuya caída *pudivese* ocasionar daño.

En el Digesto 9,3,5,6, Ulpiano en sus *Comentarios al Edicto pretorio*, nos describe esta acción así:

Dice el pretor: “Que nadie, en cobertizo o alero del tejado sobre el lugar de tránsito o estacionamiento ordinarios, tenga colocado algo cuya caída pueda dañar a alguien...”

Este edicto completa el anterior, porque era consecuente que el pretor proveyera también evitar el daño en el supuesto de que algo estuviera peligrosamente colocado en tales partes de los edificios... Dice el pretor

“...cuya caída pueda dañar”. Con estas palabras se pone de manifiesto que el pretor, para evitar el daño, se refiere, no a todo lo que está colocado, sino a lo que está colocado de tal modo que pueda dañar. No esperamos a que dañe, sino que este edicto tiene lugar en todos los casos en que pudiera dañar, pues se reprime al que tuvo colocada la cosa, tanto si lo que estaba colocado dañó como si no.

Esta acción castiga el simple hecho de colocar un objeto, de un modo peligroso o que pueda causar daño sobre lugares de paso o estacionamiento. Se reprime una conducta considerada en la doctrina moderna, como delito de peligro o de riesgo; ya que a diferencia de la conducta ilícita analizada en la acción anterior, no requiere que se haya causado el daño, basta que sea responsable de la situación de peligrosidad.

Tiene esta acción (*actio de positis vel suspensis*) una finalidad preventiva, no reparadora como sí ocurre en la acción precedente *de effusis et deiectis* (de arrojar líquidos o cosas a la calle).

La responsabilidad objetiva establecida por los ediles curules y los pretores mediante la concesión de las acciones antes analizadas, se basaba en lo que la doctrina actual denomina la teoría del riesgo, o sea, que quien utiliza cosas o bienes que puedan causar daño, debe hacer frente a la reparación de los perjuicios o daños que los mismos ocasionen, conforme a la regla romana de que quien obtiene los beneficios debe soportar las cargas (*qui sensit commodum sentire debet incommodum*), sin tomar en cuenta la existencia de culpa.

La responsabilidad objetiva fue establecida, entonces, por los ediles curules y los pretores como un criterio de valoración que dio también adecuada respuesta indemnizatoria o de resarcimiento, al problema de la seguridad pública en las calles de Roma, además de la consabida aplicación de la responsabilidad subjetiva, denominada culpa aquiliana, cuando el daño había sido causado por una conducta negligente o culposa.

5. Nuestro Código Civil configura en el artículo 1644 y siguientes la responsabilidad extracontractual subjetiva o culpa aquiliana.

El artículo 1644 reza así: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

No cabe la menor duda sobre la raíz romana de dicha excerta legal, estableciendo, eso sí, un principio general que cubre todos los daños, mientras que en Roma, los ediles curules y pretores, únicamente lo aplicaban en determinados casos concretos; lo cual es típico del casuismo romano.

6. En el artículo 1647 del Código Civil encontramos la recepción del principio de responsabilidad extracontractual regulado por el Edicto Edilicio, con la acción edilicia sobre las fieras (*actio aedilita de feris*).

Este artículo señala textualmente: “El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”.

Vemos que aquí se sanciona el evento damnificador, o sea, el daño causado, por lo que hay una responsabilidad por el resultado, para el dueño o poseedor del animal. También se establece un elemento de responsabilidad extracontractual objetiva, ya que se responde de los perjuicios ocasionados por el animal, aunque se escape o extravíe. Este último extremo —que el animal se hubiese escapado o extraviado—, no exonera de responsabilidad a su dueño, cuando ha causado daños. O sea, que aunque pruebe que no hubo negligencia de su parte por haber tomado todas las medidas per-

tinentes dirigidas a prevenir el escape o extravío del animal, si éste hubiera causado daños a terceros, el dueño del animal tendrá que responder. Únicamente quedará exonerado de responsabilidad si comprueba que el daño causado por el animal se derivó de una situación de fuerza mayor o por culpa del tercero agredido (por ejemplo por una provocación proveniente del mismo sujeto afectado).

7. El artículo 1652 de nuestro Código Civil también recoge en forma substancial el criterio de responsabilidad extracontractual objetiva desarrollado por las acciones edilicias y pretorias por arrojar líquidos u objetos sólidos y por colocar o suspender objetos (*actio de effusis vel deiectis* y *actio de positis vel suspensis*). Veamos. El artículo 1652 prescribe lo siguiente: “El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma”.

El texto legal en comento, plantea un criterio de responsabilidad extracontractual objetiva, puesto que hace responsable al jefe de familia por los daños causados, sin tomar en consideración el elemento culpa, es decir, que no exige la prueba de que el jefe de familia haya sido el autor del daño; no requiere nexo de causalidad entre la conducta del pater familias y el daño causado. Sencillamente lo responsabiliza en base al criterio (de origen netamente romano) de que quien crea un riesgo siempre debe responder de sus consecuencias.

8. Finalmente el artículo 1645 de nuestro Código Civil recoge ambos criterios de responsabilidad extracontractual objetiva y subjetiva. Utiliza el criterio de la responsabilidad objetiva cuando impone a una persona la obligación de responder por los hechos de aquellas personas que se encuentren bajo su supervisión. Y aplica el criterio de la responsabilidad subjetiva cuando requiere que exista culpa del causante directo del daño, para que haya obligación de indemnizar.

El artículo en comento reza así:

La obligación que impone el artículo 1644 (que consiste en reparar el daño causado, cuando ha habido culpa) es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

El padre y la madre son responsables solidariamente de los perjuicios causados por los hijos menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Los son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien

propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

Son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas de derecho privado en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Vemos en el contenido de este artículo una diáfana aplicación de los dos criterios diversos de valoración de la responsabilidad, que supieron aplicar sabiamente los ediles curules y los pretores a saber: el subjetivo o de culpa aquiliana que es el criterio de aplicación general, y el objetivo —basado en la teoría del riesgo—, aplicable en situaciones particulares creadoras de riesgos en donde es necesario abandonar la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, para que se dé el debido resarcimiento y la justicia sea efectivamente servida.

V. CONCLUSIONES

1. Los ediles curules, en su condición de magistrados ordinarios de la República romana, ejercieron funciones jurisdiccionales o de administración de justicia en materia civil.
2. Los ediles curules, en ejercicio de su actividad jurisdiccional, dieron origen a muchas de las cláusulas de la compraventa y fijaron con una precisión jurídica admirable, la responsabilidad del vendedor, como parte más fuerte de la relación contractual, fijando por ello, el concepto de la responsabilidad contractual.
3. Los ediles curules, con el otorgamiento de las acciones redhibitoria y aestimatoria, obligaron al vendedor a garantizar el saneamiento de los vicios ocultos.
4. Los ediles curules y los pretores protegieron la seguridad de los transeúntes y el uso libre de las vías públicas, aplicando el criterio de la culpa aquiliana (responsabilidad extracontractual subjetiva) y, en casos particulares, el criterio de la responsabilidad extracontractual objetiva, para asegurar siempre el resarcimiento de los daños causados.

5. El Código Civil panameño contempla las acciones redhibitoria y estimatoria y sigue el mismo criterio jurídico aplicado por los magistrados jurdicentes en Roma.

6. El Código Civil panameño recoge como criterio de general aplicación, el de la responsabilidad extracontractual subjetiva o culpa aquiliana, y en determinadas situaciones de riesgo, aplica el de la responsabilidad extracontractual objetiva.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Manuales

BIONDI, Biondo, *Istituzioni di Diritto romano*, Ristampa inalterata della 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1972.

CERAMI, Pietro *et al.*, *Storia del Diritto romano*, 2ª ed., Rubbettino Editore, Messina, Italia, 1996.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado I. Instituciones*, 2ª ed., Gráficos de Miguel Angel García Marvizón, Madrid, 1982.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1965.

MOMMSEN, Theodor, *Historia de Roma*, mayo 1983, Turner, Madrid, vol II.

TORRENT, Armando, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, 4ª ed., Armando Torrent, Zaragoza, España, 1988.

VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. de Jesús Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1986.

Fuentes

Cuerpo del Derecho Civil Romano, Traducción García del Corral, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, 1889. Reedición Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, España, 1990.

El Digesto de Justiniano, trad. de A. D'Ors *et al.*, Aranzadi, Pamplona, 1972, t. II, pp. 37 y ss.

Diccionarios

- DEL GIUDICE, Federico y BELTRANI, Sergio, *Dizionario giuridico romano*, 11^a ed., Esselibri-Simone, Napoli, 1995.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho romano*, 3^a ed., Reus, Madrid, 1982.

CONCEPTO DE PREDIO EN LAS SERVIDUMBRES: SU AMPLIACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ROMANO LATINOAMERICANO

Gian Franco ROSSO ELORRIAGA

SUMARIO: I. *Introducción: el concepto de predio y los principios de las servidumbres relacionados.* II. *Ampliación del concepto de 'predio'.* III. *D.8,3,33,1: un caso de constitución de servidumbre sobre servidumbre en derecho romano.* IV. *Consideraciones conclusivas.*

I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE PREDIO Y LOS PRINCIPIOS DE LAS SERVIDUMBRES RELACIONADOS

Durante el desarrollo de las servidumbres en el derecho romano, éste delineó varios principios sobre los cuales se asentó la institución. Entre ellos, nos interesan particularmente para los efectos de este trabajo el de la 'predialidad', el *nemini res sua servit* y el de la inherencia predial.

Conforme al primero, las servidumbres se caracterizan por constituir esencialmente una relación entre predios de modo que, el gravamen establecido sobre un predio, implica una ventaja o beneficio en favor de otro predio.¹

Doctor en derecho y magister por la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Profesor de derecho civil y derecho romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes de Santiago de Chile. La redacción de este artículo ha contado con la ayuda del Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología de la República de Chile, en el marco del Proyecto Fondecyt Iniciación N° 11140856, titulado "El régimen jurídico de las servidumbres voluntarias: propuesta de reformulación dogmática a la luz de la funcionalidad actual de las disposiciones del Código Civil y de la legislación especial", en el cual el autor es investigador responsable.

¹ D.8,4,1,1.

De ello necesariamente derivó el segundo, pues la relación entre predios mediante servidumbres sólo puede ser posible cuando los predios sean de diversos dueños pues, en caso contrario, el propietario obtiene utilidades de uno y somete a cargas el otro simplemente en virtud de sus facultades de tal, no requiriendo poderes jurídicos especiales para ello ni siendo posible la autolimitación jurídica de su dominio en favor y en contra de sí mismo.² Finalmente, y también derivado del primero, las servidumbres constituidas, activa y pasivamente, forman parte del predio dominante y del predio sirviente, siendo inseparables de ellos, esto es, inalienables como objeto independiente.³

Pilar entonces ha sido y es el concepto de ‘predio’ en materia de servidumbres. Los códigos civiles lo explicitan, sean a través de este término, o bien a través de otros que se han entendido equivalentes, como lo serían ‘fundo’, ‘finca’ o ‘heredad’.

Por su propia génesis romana, estos términos han sido tradicionalmente asimilados a una porción de terreno, con inclusión de las cosas adheridas, o bien como una edificación individualizada separadamente del suelo al cual se adhiere. Esto último, gracias a un desarrollo incuestionado del concepto que tuvo lugar en el propio derecho romano, que admitió los edificios en calidad de predios.⁴ Sobre los inmuebles por destinación ha existido mayor cuestionamiento en cambio por parte de los doctrinarios.⁵

Los códigos civiles, a pesar de reconocer que los conceptos de predio o edificio no se identifican con el término inmueble, y que por el contrario, son sólo una especie de este género,⁶ parecen restringir en materia de

² D.8,2,26 (“*nulli enim res sua servit*”; D.7,6,5 pr. (“*nec enim potest ei sus fundus servire*”); D.8,3,33,1 (“*quamvis nullum praedium ipsum sibi servire*”). Sin perjuicio de las excepciones que han aparecido en legislaciones civiles modernas, que admiten la constitución de servidumbres sobre predio propio. En Europa, el artículo 733 del Código Suizo; los par. 889 y 873 del BGB conforme interpretación doctrinaria y judicial; los artículos 82.1 y 87.1 de la ley de Galicia; el 566-3.1 del Código de Cataluña; y el artículo 564 del Código Foral de Aragón. En Latinoamérica, el artículo 977 del Cc.Per. de 1936, disposición reproducida en el artículo 1048 del Cc.Per. de 1984; el artículo 752 inc. 2 del Cc.Gua.; y el artículo 721 del Cc.Ven. A ellos se suma el artículo 1183 del Código de Quebec.

³ D.8,4,12.

⁴ D.8,1,3; D.8,4,1 pr.; I.2,3,1.

⁵ Sobre las dudas en este punto en Chile, Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, De los bienes, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, vol. IV, t. 9, n. 1310, p. 24; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de los derechos reales. Bienes*, 5ª ed., Jurídica, Santiago, 1993, t. II, n. 1044, pp. 180 y 181; Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, n. 247, pp. 484 y 485; San Martín Devoto, Diego Salvador, *Las servidumbres*, Santiago, ConoSur, 1998, pp. 17 y 18.

⁶ Por ejemplo el Cc.Ch. en el artículo 580 dispone que los derechos se reputan muebles o inmuebles según lo sea la cosa en que han de ejercerse, señalando expresamente que un dere-

servidumbres el concepto de inmueble a las cosas corporales citadas.⁷ Si se entendiera en sentido amplio, ‘inmueble’ incluiría también a los derechos reales, lo que importaría aceptar que las servidumbres pueden constituirse en favor o gravando derechos reales sobre bienes raíces.

El tratamiento dado por los códigos civiles es en todo caso concordante con la doctrina tradicional que, atada al origen de las servidumbres, ha sostenido insistentemente que objeto de servidumbres, activa o pasivamente, sólo pueden ser inmuebles corporales, incluso con expresa referencia al supuesto principio romano *servitus servitutis esse non potest*,⁸ al cual más adelante nos referiremos.

II. AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ‘PREDIO’

No obstante lo dicho, la realidad moderna ha llevado necesariamente al ensanchamiento del concepto de predio en diferentes direcciones, especialmente producto de la creación de nuevos tipos de servidumbres (eléctricas, telefónicas, radiofónicas, de ondas, de vías funiculares, mineras, de aguas, etc.).⁹ Así, aunque manteniendo aún un cierto sentido material, se ha admitido la constitución de servidumbres en favor de instalaciones y obras, en vez de ‘predios’ en sentido estricto. Este ensanchamiento ha tenido lugar ya sea por vía de interpretación del término predio¹⁰ o bien por intervención legislativa.

cho de usufructo sobre un inmueble es inmueble. El Cc.Es. define inmueble en el artículo 334, incluyendo en el n° 10 a las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. En el mismo sentido, artículos 325 n° 10 del Cc.Pan. y 750 n° XII del Cc.DF.Mex.

⁷ Así, en el artículo 568 del Cc.Ch., luego de comprender en el concepto de inmueble tanto los bienes raíces por naturaleza como por adherencia, señala que “las casas y heredades se llaman predios o fundos”. En el mismo sentido los artículos 656 Cc.Col.; 586 Cc.Ec.; y 602 Cc.Hon. El Cc.Es., a pesar de la amplitud citada en precedencia, recurre en la regulación de las servidumbres en varios artículos a la palabra “finca” (por ejemplo, artículos 534 y 541; equivalentes artículos 516 y 523 Cc.Pan.). El Cc.It. define inmueble en el artículo 812 pero en el artículo 1062 en materia de servidumbres prefiere “fundo”.

⁸ Así por ejemplo explícitamente Claro Solar, *op. cit.*, n. 1310, p. 24 (calificando a las cosas incorporales inmuebles de “inmuebles ficticios”); Rebolledo Varela, Ángel Luis (Coordinador), *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 65; y De Ibarrola, Antonio, *Cosas y sucesiones*, México DF, Editorial Porrúa, 2004, p. 587. A mayor abundamiento, afirmaban que ello ni siquiera debía advertirse expresamente, Grosso, Giuseppe y Deiana, Giommara, *Le servitù prediali*, 2ª ed. re., Torino, UTET, 1955, t. I, n. 48, p. 151.

⁹ Algunas de estas servidumbres incluso reguladas en códigos civiles. Así, artículos 1056 y 1057 Cc.It.; 1108 Cc.Méx.; 796 Cc.Gua.; 2212 Cc.Par.; 683 Cc.Ven.; y 273 Cc.Bol.

¹⁰ En Chile, un fallo de la Corte Suprema de 1928 ya expresaba que “predio” significa que el gravamen no afectaba en ningún caso a las personas, alejándose del tenor del artículo 568 del Cc.Ch. *Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ)*, Chile, t. 26, secc. 1º, p. 273. De insta-

Precisamente, una de las discusiones en época moderna más interesantes sobre este tema ha sido el de las servidumbres industriales.¹¹ Sobre el punto, ya algunos códigos civiles decimonónicos insinuaron la ampliación de la idea de predio por esta vía, permitiendo la constitución de servidumbres en favor de establecimientos industriales, aunque considerados inmuebles por adherencia.¹²

Empero, la idea que el predio dominante debe ser un fundo, colisionó abiertamente con la nueva realidad: entidades complejas objetivamente reconocibles, en cuyo favor se requería de servidumbres, sin constituir como tales un predio. Muchas veces, instaladas además en suelo ajeno, constituyendo éste un elemento accidental y no principal.

Reconociendo Grosso que la posición e importancia podía ser asimilada en muchos aspectos a los fundos, propuso la incorporación de las servidumbres industriales al Cc.It. de 1942, propuesta rechazada por alterar precisamente el esquema tradicional de las servidumbres prediales. Al respecto, no deja de ser paradójico que a pesar de su rechazo a la extensión del concepto de predio a las cosas incorporales,¹³ el citado autor afirmara por otra parte que era necesario extender el concepto del ente a favor como a cargo del cual puede establecerse una servidumbre, esto es, más allá del fundo, admitiéndola para la industria, pues ello permitiría una mayor adecuación a la realidad de la vida.¹⁴ El autor se lamentaba reconociendo que el problema igual se mantendría, de manera que la realidad forzaría a la interpretación de la legislación vigente, haciendo evolucionar el derecho.¹⁵ Esto último por la incorporación de la referencia en el artículo 1028 del Cc.It., que admite que la utilidad del predio puede ser inherente a la destinación industrial del fundo. El diagnóstico de Grosso fue acertado, así como las consecuencias, pues hasta hoy se discute en la doctri-

laciones eléctricas como predio dominante habla Vergara Blanco, Alejandro, "Constitución de servidumbres a favor de instalaciones eléctricas. En especial de la adquisición del derecho real de servidumbre en el caso de la ocupación continua y aparentes del suelo ajeno con instalaciones eléctricas construidas con autorización expresa o con la aquiescencia del dueño", *Revista chilena de derecho*, Vol. 25, núm. 2, 1998, p. 331; Vergara Blanco, *Derecho eléctrico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 230; Evans Espiñeira, Eugenio y Seeger Caerols, María Carolina, *Derecho eléctrico*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 111; y Lira Ovalle, Samuel, *Curso de derecho de minería*, 6ª ed., Santiago, Ed. Jurídica, 2012, n. 224, p. 178.

¹¹ Respecto a Chile, asumiendo las posiciones y argumentos franceses, planteaba su rechazo Claro Solar, *op. cit.*, n. 1314, pp. 29 y 30.

¹² *Vgr.*, artículos 861 y 570 del Cc.Ch.

¹³ Véase nota 8.

¹⁴ Grosso y Deiana, *op. cit.*, p. 205.

¹⁵ *Ibidem*, n. 39, p. 124.

na italiana para la aplicación del al citada disposición, acerca del límite (cuando es en utilidad del fundo o cuando sólo en favor de la industria).¹⁶ Lo que no tuvo posibilidad de dimensionar en su época, fue la superación del concepto de predio tradicional incluso por el propio legislador en algunos ordenamientos. Si bien Burdese no es partidario de ampliar por vía de interpretación la disposición del Cc.It, en definitiva reconoce que ella aparece superada en ciertos casos, por expresa disposición legislativa, en el ámbito de las servidumbres coactivas.¹⁷

Pero la ampliación más audaz y relevante es la llevada adelante por algunas legislaciones latinoamericanas, las que admiten la posibilidad de constituir servidumbres en favor de derechos calificados o calificables de inmuebles, que por su propia naturaleza no son predios (suelos). Ello importa en definitiva que se permita la constitución de servidumbres en favor de derechos reales en calidad de ‘predios’ dominantes, como asimismo que se puedan gravar dichos derechos en calidad de ‘predios’ sirvientes. Con ello, ‘predio’ ha dejado de ser sólo una cosa corporal, pudiendo hoy además identificarse con cosas incorporales.

En cuanto predios dominantes, los ejemplos más claros se encuentran en el derecho de minería y en el derecho de aguas.

El sistema minero actual en general se basa en la reserva de la propiedad de las minas en favor del Estado, de modo que es éste quien “concede” a los particulares, temporal o indefinidamente, un derecho relativo a las sustancias minerales, como son los de exploración y explotación. Así, las legislaciones de Chile, Perú, Bolivia, Nicaragua, Honduras, Costa Rica y Guatemala, califican directamente la concesión minera como derecho real *inmueble*.¹⁸ En Argentina, podría indirectamente llegarse a igual conclusión.¹⁹ La legislación de Ecuador califica el derecho como personal,²⁰ naturaleza

¹⁶ Burdese, Alberto, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, CEDAM, 2007, p. 31.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Artículos 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Minería; 2 del CM.Ch. y 5 de la ley 19.657 en Chile. Artículos 4 y 10 del CM boliviano; 10 de la Ley General de Minería del Perú; 15 Ley Especial Sobre Exploración y Explotación De Minas de Nicaragua; 9 Ley General de Minería de Honduras; 12 CM. Costa Rica; y 17 Ley de Minería de Guatemala.

¹⁹ El artículo 11 CM.Arg. se refiere a la propiedad respecto a las minas como distinta a la propiedad del terreno superficial y, por tanto, entiende que de la concesión nace un derecho real de dominio sobre las minas.

²⁰ Artículos 30 y 32 LM.Ec., además de tener por causa un contrato de concesión (artículo 41 LM.Ec.).

que también presentaría en Colombia, Uruguay, Paraguay y Panamá.²¹ Se trata de dos maneras distintas de enfrentar jurídicamente una misma problemática. La primera, entendiendo que el dueño (Estado) se desprende de derechos que como tal tiene sobre los yacimientos mineros; la segunda, entendiendo que el concesionario adquiere derechos respecto de los minerales, que puede hacer valer frente al dueño (Estado), que pasa por tanto a tener la calidad de deudor respecto al concesionario.

Ahora bien, con independencia de la naturaleza jurídica que se da en los distintos ordenamientos jurídicos a estos derechos, su objeto no es el terreno superficial bajo el cual se ubican los minerales o energía según el caso. El objeto de ellos son estos últimos,²² los que se encuentran en una extensión de terreno determinada (“sólido”)²³ cuya propiedad en una buena parte de los casos no pertenece al Estado, sino a particulares. Estos son terceros ajenos a los titulares de los derechos mineros. De manera que concurren en la situación el Estado como dueño de los minerales o energía; el dueño del terreno en que están los minerales; y el titular del derecho concedido a explorar o explotar los minerales o energía.

En razón de lo anterior, sobre el terreno respectivo, el propietario mantiene todas sus facultades de tal, y por el contrario, el concesionario en principio no tiene más derecho que a la exploración o explotación de los minerales que en él se encuentran. Por ello, el concesionario necesita de servidumbres que le permitan acceder físicamente a los yacimientos, alcanzarlos, extraer los minerales o energía, procesarlos y transportarlos a otras zonas geográficas, además de múltiples otras actividades relacionadas.

Con tal finalidad, las legislaciones no sólo admiten, sino que además imponen la constitución de servidumbres (normalmente contra el pago de una indemnización) en favor de los derechos mineros,²⁴ con lo cual éstos

²¹ Según los artículos 14 CM.Col.; 12 y 81 CM.Ur.; 33 LM.Par.; y, 6 y 8 Código de Recursos Minerales, Panamá, los derechos mineros nacen para su titular y son regulados mediante un contrato de concesión. Luego, su naturaleza es personal.

²² Artículos 26 CM.Ch.; 10° CM.Bol.; 15 LM.Méx.; 9° LGM Perú; 32 LM.Ec.; y 3° CM.Ur.

²³ Artículos 28 CM.Ch.; 5 CM.Bol.; 12 LM.Méx.; 9 LGM Perú; 19 CM.Arg.; 64 y 65 CM.Col.; y 3 CM.Ur.

²⁴ En Chile, artículos 2 de la LOCCM, 120 del CM.Ch., y 26 de la ley 19.657. Asimismo, artículos 56 CM.Bol.; 31 CM.Ur.; 166 CM.Col.; 146 CM.Arg.; 46 CM.Costa Rica; 19, IV, LM.Mex.; 54 LM.Par.; 6, letra b) y 72 y ss. LM.Gua.; 22, 27 y ss. LGM.Hon.; 123 Código de Recursos Minerales de Panamá; 50 Ley Especial Sobre Exploración y Explotación De Minas de Nicaragua; y 37 n° 3 LGM.Per. (aunque en este país se entienden partes integrantes de la concesión minera las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias y todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente

adquieren el carácter de predio dominante y el terreno superficial en cuyo subsuelo están los minerales o energía (sólido) el carácter de predio sirviente.

El predio dominante, como se aprecia, no es ningún ‘predio’, ningún ‘fundo’, ninguna ‘heredad’, sino la concesión minera: el derecho real o personal según corresponda.²⁵ No en vano algunas legislaciones califican expresamente a los derechos mineros de derechos ‘inmuebles’,²⁶ de manera que la servidumbre se constituye en utilidad de un ‘inmueble’. Respecto de las legislaciones que no lo declaran así, la cuestión tiende a complicarse conceptualmente, pues podríamos estar en presencia de una servidumbre en favor de cosa mueble.²⁷

Aún más, servicios constituidos sobre el terreno respecto de los cuales existe una concesión, pueden resultar necesarios para el ejercicio de otra concesión contigua o cercana. El aprovechamiento de estos servicios redundará en una molestia para el primer concesionario en favor de la concesión contigua o cercana. Las legislaciones desarrollan jurídicamente la solución a esta cuestión de modo distinto, pero siempre orientadas en definitiva a que el primer concesionario deba soportar el servicio en favor de otro concesionario. La fórmula más intensa es reconocer que las concesiones mineras

al fin económico de la concesión); y, 15 y 100 LM.Ec. (igual situación que Perú, artículo 59 LM.Ec.).

²⁵ En relación al artículo 568 Cc.Ch. (véase nota 7), dice Lira justamente que en materia minera, aun cuando los predios dominantes y sirvientes no se acomodan al concepto de “predio” de dicha disposición, es claro para la legislación chilena y extranjera que tal concepto es más amplio y comprensivo de un sinnúmero de bienes diferentes a “casas y heredades”. Lira, *op. cit.*, n. 224, p. 178. Ossa reconoce que legalmente pueden adquirir la calidad de predios sirvientes o dominantes, aunque con alguna duda que sean predios de cara al artículo 568 Cc.Ch., Ossa Bulnes, Juan Luis, *Tratado de derecho minero*, 4ª ed., Santiago, Ed. Jurídica, 2007, t. I, pp. 464 y 465; y 482. Ruiz ya afirmaba en el contexto de la antigua legislación que las cosas y derechos anunciados por el legislador minero no eran propiamente predios, pero “para los efectos de las servidumbres mineras, son verdaderos ‘predios dominantes’”, Ruiz Bourgeois, Julio, *Instituciones de derecho minero chileno*, Santiago, Ed. Jurídica, 1949, t. II, p. 24. Vergara no sólo acepta sin mayores cuestionamientos, sino que cita y apoya doctrina de fallos citados en nota 4. Vergara Blanco, Alejandro, *Instituciones de derecho minero*, Santiago, AbeledoPerrot, 2010, pp. 459 y 462, reiterando lo ya expresado en su obra *Derecho eléctrico...*, *cit.*, p. 230, y en *Constitución de servidumbres...*, *cit.*, p. 331.

²⁶ Artículos 2 CM.Ch.; 4 CM.Bol.; 9 LGM Perú; 3 CM.Ur.; y 12 CM.Arg. Comentando el artículo 11, observa precisamente que pueden existir inmuebles dentro de otros inmuebles De Pablos, Tomás, *Código de minería de la República de Argentina comentado*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p.14 y 156.

²⁷ Los artículos 659 Cc.Col. y 589 Cc.Ec. reproducen el artículo 571 del Cc.Ch. conforme al cual los metales de una mina se reputan muebles aún antes de su separación para efectos de constituir un derecho. Pero en Chile el artículo 2 del CM. expresamente cambia la regla de los muebles por anticipación.

ya constituidas pueden adquirir la calidad de predio sirviente²⁸ (lo que importaría una excepción al supuesto principio *servitus servitutis esse non potest*). Otras veces, la ley no reconoce explícitamente la posibilidad de constituir servidumbres sobre concesiones mineras como tales, pero sí la posibilidad afectar el terreno concesionado con servidumbres en favor de otra concesión, o que éstas se aprovechen de servidumbres ya establecidas.²⁹

De los comentarios anteriores, puede entonces observarse como en una materia tan relevante para la economía latinoamericana, el legislador admite (o dispone) que cosas incorpóreas inmuebles, como son las *concesiones mineras*, pueden tener el carácter de *predio*, asumiendo la calidad de predios dominantes, y a veces incluso de predios sirvientes. Ello impediría, en una visión global de las servidumbres, entender que éstas constituyen una relación sólo entre fundos o heredades, en el sentido clásico, generando nuevas alternativas de desarrollo en la materia.

Lo dicho se aplica a todas aquellos casos en que por reenvío del legislador, son aplicables las disposiciones sobre minería.³⁰

Idéntica situación a la descrita se presenta al menos en Chile respecto al *derecho real de aprovechamiento de aguas*, calificado como tal por el legislador, el cual por regla general tendrá por título una concesión administrativa. Para su efectiva explotación, el legislador admite la constitución de servidumbres a su favor convirtiéndolo también en predio dominante.³¹ Segura advierte que conforme a la legislación de aguas habrían servidumbres cuyos titulares

²⁸ Artículos 126 y 127 CM.Ch.; 37 n° 5 LGM Perú; 102 LM.Ec.; y 185 CM.Col. En este sentido, Ossa, *op. cit.*, p. 466. Guzmán señala sobre esta posibilidad que es evidente que no pueden constituirse servidumbres sobre una concesión minera, de modo que la expresión estaría tomada por el CM.Ch. en sentido material del “sólido”, dado que las servidumbres sólo se pueden ejercer sobre una cosa corporal. Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2006, p. 225.

²⁹ Artículos 148 y 149 CM.Arg.

³⁰ Por ejemplo en Chile, las servidumbres y derechos relativos a la exploración y explotación de hidrocarburos están sujetos a las disposiciones del CM.Ch., de manera que lo expresado respecto de los derechos mineros es igualmente aplicable a las concesiones de transporte de hidrocarburos mediante “oleoductos” y a los derechos de aprovechamiento adquiridos para tales efectos: artículo 8° del DFL n° 1, Minería (DO.24.04.1987), que fijó texto de la ley 9.618 que crea ENAP, el cual se remite a las disposiciones del CM.Ch. para la constitución de estas servidumbres. Ello sin perjuicio que la Jurisprudencia ha ratificado la aplicación de los artículos 120 y siguientes de dicho código. Así, confirmando lo obrado por la Corte de Apelaciones y el tribunal de primer grado, Corte Suprema, Rol N° 2904-2009, LegalPublishing, CL/JUR/665/2009. Otro tanto ocurre respecto de las concesiones de distribución y transporte de gas (“gasoductos”), y a su aprovechamiento conforme legislación especial que las regula (con algunos textos similares o incluso idénticos a la regulación eléctrica), artículo 12 inc. 2°, Ley Servicios de Gas, modificada por ley 18.856 (DO. 02.12.1989).

³¹ Artículos 69 y ss. CA.Ch.

no serían predios (en el sentido tradicional), e incluso a veces gravan personas o a otros derechos no prediales. No existiría entonces un predio dominante, y a veces tampoco uno sirviente (un pueblo, otro derecho de aguas, etc.). De ahí que en su concepto sea necesario ampliar el concepto de servidumbre, proponiendo la siguiente definición: “es el gravamen impuesto a la propiedad en utilidad de un predio, en beneficio de otra propiedad u obra de distinto dueño”.³²

El derecho real de aprovechamiento de agua también sería susceptible de ser gravado con derechos en favor de otros de igual naturaleza, adquiriendo la calidad de predio sirviente.³³

Así las cosas, nos encontramos entonces con que por disposición de la ley, en algunos casos “las concesiones” tienen efectivamente la calidad de ‘predio’ sirviente, aunque lo gravado sean los derechos de aprovechamiento respectivos (en los ejemplos, mineros o de aguas). Apunto sí que la doctrina no necesariamente ha compartido esta postura legislativa.³⁴

³² Segura Riveiro, Francisco, “Las servidumbres en el derecho de aguas”, *Rev. de Der. U. de C., Chile*, núm. 209, enero-junio 2001, pp. 187, 192 y 194. Nótese que según esta propuesta, existiría en las servidumbres una relación entre derechos de propiedad: uno dominante y el otro sirviente. Esto implica en concreto, ampliar el concepto de predio, en cuanto objeto gravado o beneficiado con la servidumbre.

³³ El artículo 6° del CA.Ch. reconoce la facultad de disposición. La discusión nace de la admisión o no de constituir servidumbres sobre las aguas, como inmuebles por destinación y muebles por naturaleza.

³⁴ Vergara Blanco ha puesto en duda que las servidumbres entre concesionarios del CM.Ch. tengan la misma naturaleza jurídica que las del Código Civil. A su juicio, la elección legislativa era armónica con la antigua concepción de la “propiedad minera”, que consideraba a la concesión como conteniendo materialmente el yacimiento en favor del concesionario, como fundo, o una heredad, pero que hoy resultaría insostenible en virtud del carácter de “cosa incorporal” de los derechos mineros. Ello sin perjuicio que la respuesta positiva implicaría la aplicación subsidiaria de las disposiciones del código civil, lo que incomoda al autor, dado que propugna al derecho minero como una disciplina autónoma. *Instituciones...*, *cit.*, pp. 478 y 479. En el ámbito de las aguas, las servidumbres de agua reguladas por el CA.Ch no incidirían sobre el derecho de aprovechamiento, lo que se deduciría claramente del lenguaje legislativo según Guzmán, *op. cit.*, p. 225. Vergara Duplaquet, a propósito de la posibilidad de imponer una servidumbre de fuerza motriz sobre la entidad física inmueble por destinación que es el agua adscrita al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, comenta simplemente que le parece errada la manera de pensar de aquellos que han creído ver una servidumbre sobre otra servidumbre, por estar reñida con la idea que se trata de un gravamen impuesto sobre un predio en favor de otro predio, y en este caso no recaería sobre un predio, sino sobre un derecho real, como sería la servidumbre de acueducto. Vergara Duplaquet, Cirio, *Normas por las cuales se rigen las servidumbres en materia de derecho de aguas*, Código de Aguas comentado: doctrina y jurisprudencia, Vergara Blanco, Alejandro (Director), Santiago, Abeledo Perrot, 2011, p. 285.

Frente a esta realidad, tenemos tres alternativas como mínimo posibles a casos como los expuestos: negarle simplemente el carácter de servidumbres; además de la negación, atribuirles una naturaleza distinta; o bien aceptarlas lisa y llanamente. Respecto de las dos primeras, son las vías que buena parte de la doctrina ha intentado sin lograr con ello avances relevantes para afrontar las nuevas realidades, pues se retorna en definitiva a la institución de las servidumbres, que ya se conocen, comprenden y tienen un estatuto subsidiario aplicable.

Si se acepta en definitiva la tercera posibilidad, no queda sino reconocer abiertamente la ampliación del concepto de predio, pues la alternativa sería la “despredialización”, situación que obliga a construir una nueva noción acerca del objeto de las servidumbres.

III. D.8,3,33,1: UN CASO DE CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE SOBRE SERVIDUMBRE EN DERECHO ROMANO

La regla en derecho romano evidentemente era que las servidumbres prediales no podían sino constituirse sobre predios³⁵ (la denominación misma lo indica). No obstante ello, pareciera que en D.8,3,33,1,³⁶ conocido y debatido pasaje del Digesto tomado de la obra *Quaestionum libri IX* de Africano, se contiene un caso excepcional que da cuenta de la posibilidad de que una servidumbre se constituyese sobre una cosa distinta a un predio propiamente tal (fundo o edificio).³⁷

La cuestión de fondo planteada por este texto sería la siguiente. Se constituye una servidumbre de acueducto que beneficia y grava fundos distintos,

³⁵ D.8,4,1,1; I.2,3,3.

³⁶ *Per plurimum praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione interventibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.* (Si conduces agua por los predios de muchos, de cualquier modo que se haya impuesto la servidumbre, ni a cualquiera de ellos, ni a otro vecino podrás ceder agua de la corriente, si también sobre esto no se siguió pacto o estipulación; porque mediando pacto o estipulación, también suele concederse esto, aunque ningún predio puede ser sirviente de sí mismo, ni puede constituirse usufructo de una servidumbre.)

³⁷ Lo dicho sin perjuicio de D.43,21,2, texto que trataría igual hipótesis, en cuanto contempla la posibilidad de otorgarse al propietario la servidumbre de abrevar el ganado en un canal que pasa por su predio o de extraer agua de éste.

mas entre el fundo dominante y el fundo sirviente hay otros predios intermedios, que también serán atravesados por el respectivo canal a través del cual se ejerce la servidumbre. Desde luego, para que esto sea posible, dichos predios intermedios también deberán adquirir el carácter de sirvientes. Ante esta situación, sus propietarios solicitan al dueño del predio dominante que los faculte para extraer agua del canal (*haustus*) en beneficio de sus fundos sirvientes. Nos parece acertado respecto de esta petición, pensar que habitualmente los propietarios de predios sirvientes atravesados por un acueducto la realizaron como compensación a la imposición del gravamen.³⁸

Ante la duda si es posible la concesión de dicha facultad, el dueño del predio dominante consulta a Africano. Éste responde que no es posible a través de los modos civiles de constitución de servidumbres su otorgamiento. En cambio, ello si puede hacerse mediante modos pretorios. Esto último se traduce concretamente en la posibilidad de pactar y estipular con los respectivos propietarios intermedios que él (titular de la servidumbre de acueducto) no se opondrá a la sustracción de agua.

Entonces, el texto del pasaje permitiría entender a primera vista que: a) puede insertarse sobre una servidumbre constituida por derecho civil un derecho de extracción de agua (*haustus*);³⁹ b) que tal inserción se realiza a través de pacto o estipulación, o sea, una servidumbre podría ser gravada con servidumbre.

Si así fuese, habría que concluir que el pasaje permite la constitución de una servidumbre de extracción de agua sobre una servidumbre de acueducto, de modo que el predio sirviente respecto de la primera servidumbre no sería un fundo, sino un *iura* (la servidumbre de acueducto original).

La conclusión sería contraria a los principios fundantes de las servidumbres referidos en el acápite I (la predialidad, el *nemini res sua servit* y la inherencia predial). Asimismo contrariaría expresiones o pasajes del propio Digesto, entre los que se cuenta D.33,2,1 que expresaría la regla *servitus servitutis esse non potest* o el propio D.8,3,33 pr., que finaliza diciendo que no puede constituirse usufructo sobre servidumbre. Por ello, fue inicialmente rechazada total o parcialmente tal conclusión por la doctrina.

Fue este rechazo la fuente de todas las discusiones de la romanística sobre el pasaje en comento. El texto tendría que ser espurio y haber sufrido

³⁸ Así lo propone Frezza, Paolo, "Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali", en *Scritti*, Universidad Lateranensis, Roma, 2000, t. I, p. 288; Carreño afirma que la propuesta no puede ser más acertada, Carreño Sánchez, Rosa, "*Pactionibus et stipulationibus*". *Contribución al estudio de la constitución de servidumbres prediales en el derecho romano clásico*, Tesis Doctoral, Universidad de Girona, 2011, p. 435.

³⁹ Frezza, *op. cit.*, p. 289.

todo tipo de intervenciones. En lo sustancial, los autores se han inclinado por entender que tratándose de un texto clásico, el jurista originalmente contestó a la pregunta negando absolutamente la posibilidad de constituir un *haustus*, dado que por derecho civil ello habría sido imposible.

Africano precisamente recuerda en sus *quaestiones* que ningún predio puede ser sirviente de sí mismo, ratificando el principio correspondiente. Igualmente, que no puede constituirse un derecho real de usufructo sobre una servidumbre, lo que descartaría la constitución de derechos reales sobre servidumbres. Esto último estaría conforme con la predialidad de éstas: las servidumbres se constituyen entre predios.

A las palabras del jurista debería añadirse que las servidumbres no podrían haberse constituido a la época mediante pacto o estipulación, actos que derivarían en un efecto obligacional y no real. Luego, no podría Africano haberse referido a él. De ahí entonces se ha planteado que *quoquo modo* en el texto no sería original, pues no se refería a un cualquier medio de constitución sino *civil modo*. Así lo creyó Lenel.⁴⁰ Sin embargo, la reconstrucción ya tiene hoy sus detractores.⁴¹

Luego, no sería genuina tampoco la frase más sospechosa: “*pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet*”. Lenel simplemente la elimina, insertando a continuación de *rivo* y antes de *cedere*, “*mancipare vel in iure*”.⁴² El texto tendría que haberse referido a los modos constitutivos del derecho civil y no pretorios o post clásicos.

Por el contrario, Riccobono hizo ver que el texto más bien lo que hace es contraponer los modos civiles y los modos pretorios de constitución de servidumbres de acueducto,⁴³ aceptando la referencia en el texto a la constitución de servidumbres mediante *pactiones et stipulationes*.⁴⁴

Modernamente, las cosas parecen verse de una óptica distinta. A Carreño le parece curioso que los compiladores intervinieran el texto para supuestamente agregar la posibilidad de constituir servidumbres mediante

⁴⁰ Lenel, *Palinnesia*, I, 12; Frezza considera esta reconstrucción como “felice”, *op. cit.*, p. 287, n. 19.

⁴¹ Finkenauer, T. *Vererblichkeit und drittwirkungen der Stipulatio im Klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010, p. 361.

⁴² Lenel, *op. cit.*; Krüger, Hugo, *Die prätorische servitut*, Münster, 1911, p. 11 y ss, aunque no le parece que pueda reducirse tanto el texto.

⁴³ Riccobono, Salvatore, “*Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali*”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR)*, núm. 3, 1922, p. 354.

⁴⁴ Le da la razón Frezza, *op. cit.*, p. 287.

pactiones et stipulationes, y por el contrario dejaron la frase *quamvis nullum praedium ipsum sibi servire*, haciendo hincapié en principios que luego matizan.⁴⁵

Por nuestra parte, a pesar de las dificultades sustanciales del texto, tendemos a creer que es clásico. Principalmente porque Gayo nos ha bien informado acerca de la constitución de servidumbres en tierras provinciales a través de pactos y estipulaciones,⁴⁶ a falta de vigencia de los modos civiles en dichos territorios. Pues bien, Sexto Cecilio Africano y Gayo fueron contemporáneos,⁴⁷ de manera que no se ve motivo para no creer que el primero conocía de tales pactos y estipulaciones, las cuales incluso podían ya aplicarse en Roma con reconocimiento pretorio. De manera que perfectamente pudo introducir una referencia a ellos cuando escribió el pasaje recogido en D.8,3,33,1.

Ya Riccobono decía en 1922 que no se puede constituir servidumbre en suelo propio o no se puede constituir usufructo sobre servidumbre conforme las reglas del derecho civil, pero que ello no significaba que no pudiera hacerse por derecho pretorio. Las estipulaciones en este sentido fueron protegidas por la jurisdicción pretoria con medios especiales, análogos a aquellos de las servidumbres civiles.⁴⁸

Carreño plantea en la misma línea que la constitución de servidumbres mediante *pactiones et stipulationes* seguirían los mismos requisitos o principios configuradores de las servidumbres en el *ius civile*: requisitos de vecindad, existencia de utilitas, principio *nemini res sua servit*, indivisibilidad de servidumbre o su consideración como *qualitas fundi*. Pero este negocio permitiría a las partes configurar servidumbres conforme a sus especiales necesidades, entre las que se cuenta ceder a un tercero la facultad de obtener agua del acueducto que pasa por su finca (D.8,3,33,1).⁴⁹

En este contexto, resulta interesante recordar que uno de los principios a los cuales estaban sujetas las servidumbres de acueducto y de extracción de agua, era aquel conforme al cual sólo se podían constituir éstas desde

⁴⁵ Carreño, *op. cit.*, pp. 428 y 429.

⁴⁶ Gai. 2,3. "Estas disposiciones se aplican siempre, cuando se trata de predios situados en Italia, los cuales son susceptibles de mancipación y de cesión judicial. Mas cuando los predios existen en las provincias, y se quiere establecer un derecho de pasaje, de conducción, de acueducto, una servidumbre *altius tollendi* o *non tollendi* a fin de no quitar las luces al vecino, ni otros derechos semejantes; debe todo esto hacerse por pactos o estipulaciones, porque estos predios no son susceptibles de mancipación ni de cesión judicial. El contenido es ratificado por C.3,34,3.

⁴⁷ Las obras del primero fueron escritas entre el año 138 y 161 d.C., mientras que la mayoría de las obras del segundo lo fueron durante el gobierno Antonio Pío y Marco Aurelio.

⁴⁸ Riccobono, *op. cit.*, p. 357.

⁴⁹ Carreño, *op. cit.*, p. 542.

su nacimiento (*caput aquae*). Sin embargo, consta en las fuentes que se introdujeron excepciones a este principio ya en época clásica, de modo que fue permitido constituir servidumbres desde cualquier lugar. Es decir, se admitió la desviación de agua desde cualquier punto de la extensión de un canal (Paulo, D.8,3,9). La única diferencia con el caso de D.8,3,33,1, es que la citada excepción decía relación con una desviación en canal ubicado en un fundo de diverso dueño respecto del fundo a donde era conducida el agua. En D.8,3,33,1 todo tiene lugar en el mismo predio. Pero lo relevante es que el derecho a la desviación de agua como servidumbre, ya era reconocido.

En todo caso, si se insistiera en la negación del carácter clásico del pasaje, no puede sino aceptarse en definitiva que el texto expresa el estado de la cuestión en el derecho justinianeo. Precisamente, si los compiladores intervinieron el texto, fue para actualizarlo. Y esta puesta al día, no habría sido sino para incorporar expresamente tres cosas: una, la posibilidad de conceder la facultad de extracción de agua desde el canal a los fundos intermedios por el cual aquel cruzaba; dos, que dicha facultad se constituía como servidumbre;⁵⁰ y tres, que ella se constituía mediante *pactiones et stipulationes*.

Cabe recordar respecto a este último punto que existe una pacífica aceptación de la romanística en cuanto a que las *pactiones et stipulationes* se convirtieron en el modo constitutivo de servidumbres concurrente por regla general, al menos en época justiniana.⁵¹

No obstante lo dicho, han habido algunas dudas en cuanto a que este pasaje en particular admitiera que se constituía efectivamente una servidumbre. Claro, es posible que incluso aceptando el pasaje como clásico, originalmente el pacto y la estipulación correspondiente hubieran dado lugar sólo a una relación obligacional en el caso tratado por el texto pues este era el efecto normal de una estipulación (por algo era una fuente de las obligaciones en derecho clásico y no un modo de adquirir). De manera que si sólo daba lugar a una relación obligacional, consistente en que el promitente deudor debía respetar el ejercicio del servicio respectivo en favor del estipulante, no podría haberse tratado de una servidumbre.

⁵⁰ Perozzi dio tempranamente con el centro de la cuestión, pues aun negando la originalidad del pasaje, reconocía que el sentido de las intervenciones justinianas fue precisamente para conceder la facultad de ceder derechos, los que sin dudas tenían el carácter de derechos de servidumbre. Perozzi, Silvio, “*Fructus servitutis esse non potest*”, *BIDR*, núm. 6, Italia, 1894, p. 32.

⁵¹ C.3,34,3. *Vgr.*, Biondi, Biondo, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1969, n. 88, pp. 248 y 250; Grosso, *op. cit.*, pp. 207 y 226; Zuccotti, Ferdinando, “Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie”, *Rivista di diritto romano*, p. 347, véase en: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/atipontignanozuccotti.pdf>.

Mas, la respuesta a la duda la entrega, como siempre en Derecho Romano, la naturaleza de la acción admitida. Por lo mismo, si la relación a que daba lugar el pacto y la estipulación, aunque en origen fuera resguardada por una simple *exceptio pacti* (por tanto efecto obligacional), con el pasar del tiempo se le protegió en provincias con interdictos, *vindicatio* o publiciana útiles,⁵² e incluso con *vindicatio* útil en suelo itálico (conforme las distintas alternativas posibles que han planteado los autores)⁵³ como mayoritariamente entiende la romanística, no quedaría más que aceptar que a la relación se le reconoció en definitiva un carácter real.⁵⁴ Consecuencialmente, no cabría sino reconocer la constitución de una verdadera servidumbre.

En concordancia con lo antes señalado, destaca precisamente Zuccotti que la doctrina moderna, más que preocupada del problema del encuadramiento dogmático, simplemente coloca el acento en la eficacia real “de hecho” que alcanza la constitución de la servidumbre mediante *pactiones et stipulationes* en edad tardo clásica o postclásica, a través de la concesión de instrumentos de tutela tales de igualar en la práctica la situación provincial a aquella itálica.⁵⁵

Desde luego, más de alguno ha insistido en negar el efecto real y por el contrario, sostener el efecto obligacional de los pactos y estipulaciones.⁵⁶ Empero, en época justiniana no nos parece razonable siquiera una duda sobre tal punto.⁵⁷ Por ello, compartimos el rechazo a la posición adoptada por algunos autores, que han sostenido que aún continuaba el pacto y la estipulación creando sólo efectos personales en época justiniana. La opinión sólo busca preservar los principios tradicionales de las servidumbres, pero es poco realista. Primero, porque es claro que mediante pacto y estipulación se constituía un derecho sobre servidumbre, consideradas unida o no al fun-

⁵² Estamos de acuerdo con Biondi que la acción real a aplicar como modelo era en definitiva siempre una sola. Así como para la protección de los poseedores de fundos provinciales se otorgó una acción análoga a la *revindicatio* del dominio, y análoga a ésta se creó una *vindicatio servitutis*, para la protección de los promitentes o sus causahabientes también debieron los magistrados aplicar análogamente el modelo de la *vindicatio*. Biondi, *Le servitù prediali*, cit., n. 88 bis, pp. 253 y 254.

⁵³ Puede verse síntesis de las posibles vías de protección en Carreño, *op. cit.*, pp. 663 y ss. Asimismo, se puede consultar abundante bibliografía sobre la cuestión en Zuccotti, *op. cit.*, pp. 347 a 350, notas 81, 82 y 83.

⁵⁴ Grosso, *op. cit.*, p. 193.

⁵⁵ Zuccotti, *op. cit.*, p. 350.

⁵⁶ El autor referente en este sentido ha sido Solazzi, quien niega veracidad a los pasajes de Gai. 2,31 y C.3,34,3. Solazzi, Sirio, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Jovene, Napoli, 1947, p. 109 y siguientes. Véase referencia a bibliografía en nota 53.

⁵⁷ I.2,3,4.

do respectivo;⁵⁸ segundo, porque en época justiniana se constituían como señalamos servidumbres por esta vía;⁵⁹ y tercero, porque en síntesis, el texto de africano dice que no se podían constituir servidumbres salvo por pacto o estipulación, de manera que el pacto y la estipulación eran para establecer efectivamente una servidumbre y no meramente un derecho personal.

Ahora bien, concluyéndose que el pasaje plantea la constitución de una servidumbre y dado que ésta importa una relación entre predios, surge la cuestión de cuáles son los predios dominante y sirviente. El primero es bastante claro: el predio intermedio en cuyo favor se concede el derecho de extraer el agua. En cambio, las dificultades se presentan respecto del predio sirviente.

El canal pertenecería al mismo fundo intermedio por donde pasa; es decir, formaría parte del predio que era sirviente respecto de la servidumbre original de acueducto, pero que ahora tiene la calidad de predio dominante respecto de la nueva servidumbre de extracción de agua. Ello significaría que esta última servidumbre se constituiría sobre y en favor del mismo predio. Luego, a la luz del derecho civil clásico, tal solución infringiría abiertamente el principio *nemini res sua servit*, pues se estaría estableciendo una servidumbre entre predios propios. Como el pasaje, según lo ya dicho, admite en definitiva la constitución de servidumbre a través de *pactiones et stipulationes*, la conclusión inicial fue entender que el pasaje acogería una excepción al citado principio. Es esto por lo demás lo explicitó el mismo Africano.

Sin embargo, la explicación como simple excepción nunca ha sido del todo satisfactoria. Una verdadera excepción en este caso exige necesariamente un control total por parte del dueño tanto del predio dominante como del predio sirviente. Si no se puede constituir una servidumbre entre predios del mismo dueño, es porque el dueño no requiere de la servidumbre. El propietario usa y dispone materialmente de los predios simplemente en virtud de los poderes que como dueño tiene.

En el caso propuesto por Africano, lo anterior no ocurre. Aunque el canal atravesase su predio, el propietario no puede disponer de él. El canal está bajo el control del titular de la servidumbre de acueducto. Tampoco, por idénticas razones, tiene control sobre las aguas que fluyen por dicho canal, pudiendo sólo disponer de ellas el titular del predio dominante respecto de la servidumbre de acueducto constituida sobre el predio intermedio.

⁵⁸ Masi, Antonio, “*Servitus servitutis esse non potest: la problematica dei diritti sui diritti*”, en Marmocchi (coord.), *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, Quaderni del notariato, Milano, Giuffrè, 2011, p. 16.

⁵⁹ Biondi, *Le servitù prediali*, cit., n. 53, p. 149.

Así las cosas, habría que estimar como más verosímil la lectura de Biondi quien afirmó que el jurista romano en el pasaje en cuestión consideró “el canal” como una entidad separada del fundo, de manera que dicho canal constituyó el predio sirviente respecto de la servidumbre de extracción de agua.⁶⁰ Agrega correctamente que el dueño del fundo no obtiene una utilidad del propio fundo, lo que iría contra el principio aludido, sino que se beneficia del agua que por medio del canal proviene de otro fundo.⁶¹

El canal, aunque considerado separadamente, por su adherencia al suelo, habría que entenderlo como una cosa inmueble corporal para todos los efectos, aunque no es suelo. De modo que la forma en que leyó ya Biondi el pasaje, lleva necesariamente a un ensanchamiento en época romana del concepto de predio.

Si consideramos que el canal, y sin perjuicio de las características concretas que en cada situación particular pudiera tener, consistirá necesariamente en una “obra” o “infraestructura”, el pasaje dejó ya en su tiempo abierta la puerta a las servidumbres industriales. Ello al menos desde un punto de vista pasivo: las obras o instalaciones (constitutivas y accesorias del canal) sirven a un fundo. Esta idea de Biondi ha rondado en todo caso la cabeza de otros romanistas.⁶²

⁶⁰ La idea ya había sido avanzada por Perozzi, quien advirtió que los derechos a terceros presuponian la existencia y ejercicio de la servidumbre misma de agua, de modo que tales derechos afectaban al acueducto en cuanto curso de agua, no a la servidumbre. Agrega expresamente que con esta lectura se evitaba la construcción jurídica de un derecho sobre otro derecho. Perozzi, *op. cit.*, p. 33.

⁶¹ Biondi, Biondi, *Las servidumbres*, Trad. 2ª ed. por José Manuel González Porras, Granada, Comares, 2002, p. 216; y *Le servitù prediali...*, *cit.*, n. 39, p. 106 y n. 53, p. 149.

⁶² Interpretando D’Ors el pasaje bajo una perspectiva clásica, coloca como ejemplo de la inherencia predial de las servidumbres precisamente D.8.3.33.1, pues según éste, no se podían aprovechar las servidumbres para un rendimiento extraño al predio (sea el dueño u otros usuarios del predio). En tal contexto, afirma que el pasaje no admitiría las llamadas ‘servidumbres industriales’ (D’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 9ª ed., Navarra, EUNSA, 1997, p. 254, nota 4). Mas, reconoce que al menos los compiladores relajaron los principios clásicos, y que más allá de las consideraciones que a partir de éstos pudieran efectuarse, del texto (a su juicio interpolado) parece conceder la facultad de ceder la extracción de agua al propietario del fundo dominante (D’Ors, Álvaro, *Las cuestiones de Africano*, Milano, Pontificia Universidad Lateranense, 1997, p. 431). Combinando ambos escritos, si niega originalmente que pueda estarse en presencia de una fuente que admita las servidumbres industriales, es porque advierte que son las obras o instalaciones las que podrían considerarse predio sirviente; luego, si acepta la facultad en época justiniana, significa que por el contrario serán esas obras o instalaciones las que prestarán utilidad al predio intermedio, ahora dominante. Entonces, podría aceptarse la postura de no admitir que el texto de Africano introdujera algo así como las llamadas servidumbres industriales para la época clásica, pero pretender extender tal conclusión hasta Justiniano, reconociendo la facultad del dueño del predio dominante, constituiría una tozudez inaceptable.

Es posible que la lectura anterior haya sido coincidente con la lectura romana clásica o, a lo menos, justinianea. Pero ella siguió dejando espacios para algunas dudas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que si bien materialmente la extracción de agua se realiza desde el canal, su existencia así como las aguas que por él fluyen, se deben en verdad a la servidumbre de acueducto en favor del respectivo predio dominante. Es decir, el canal en realidad tiene por base dicha servidumbre de acueducto y es ésta la que resulta afectada en la práctica, pues con la servidumbre de extracción de agua se limita el poder original de transportar toda el agua extraída desde la fuente hacia el fundo dominante. De modo que lo gravado no es propiamente el canal, sino la servidumbre misma de acueducto. El canal es sólo el instrumento material que permite su ejercicio. En este sentido, dicho canal no pertenece al dueño del predio sirviente que atraviesa y que lo soporta, sino al titular de la servidumbre de acueducto.

Por lo tanto, lo gravado no es el canal, sino la servidumbre de acueducto. No es posible escapar a esta conclusión y a la constitución de derechos sobre derechos, como pretendió Perozzi.⁶³ La servidumbre de acueducto es el predio sirviente respecto de la nueva servidumbre de extracción de agua en favor del predio intermedio dominante.

Si bien Biondi no dio el paso anterior expresamente, lo intuyó, pues sí admitió que el pacto y la estipulación en definitiva tenían por finalidad la cesión del ejercicio de la servidumbre de acueducto.⁶⁴ Y esta conclusión es lo mismo que decir que la servidumbre de acueducto resulta gravada (y por tanto limitada), en cuanto una parte de las facultades que ella otorga, ahora son ejercidas por el titular del predio dominante de la nueva servidumbre de extracción de agua en virtud de la cesión. Este ejercicio, que permite la obtención del agua respectiva, constituye claramente una utilidad para el predio dominante del *haustus*.

Todo lo anterior lleva necesariamente a aceptar que con carácter excepcional los romanos, consciente o inconscientemente, admitieron que las servidumbres pudieran tener el carácter de predio, esto es, que una cosa incorporal inmueble se asimile o cumpla el rol de predio.

Consecuencialmente, este resultado podría plantearse como una excepción al principio de la indivisibilidad de las servidumbres respecto del fundo al

⁶³ Véase nota 60.

⁶⁴ Biondi, *Le servitù prediali...*, cit., n. 53, p. 150.

cual pasivamente pertenece, en cuanto se le considera como un objeto independiente del fundo para efectos de la constitución de la nueva servidumbre.⁶⁵

La consideración de la servidumbre en cuanto cosa incorporal como objeto de derecho no puede llamar la atención, pues es aceptado que las servidumbres fueron consideradas por los romanos objeto de derechos reales. Al respecto debe tenerse en cuenta que ya la doctrina ha aclarado, por una parte, que en época justiniana las servidumbres sí podían ser objeto de usufructo. De hecho, es el mismo pasaje de Africano el que lo permite explícitamente, pues dice en definitiva que aunque (*cuamvis*) ningún predio puede ser sirviente de sí mismo, ni puede constituirse usufructo de una servidumbre, puede cederse la extracción de agua corriente si sobre esto se celebró pacto o estipulación.⁶⁶ Por otra parte, también ha aclarado que la supuesta regla romana contenida en D.33,2,1, según la cual sobre servidumbres no pueden constituirse servidumbres (*servitus servitutis esse non potest*), simplemente no existió.⁶⁷ A esta última conclusión se ha llegado tanto por el entendimiento que la frase se debió a un mero error de copia⁶⁸ (argumento formal), o bien porque la frase alude a la posibilidad de constituir una de las denominadas

⁶⁵ Expresamente plantea que el texto importaba una excepción al principio de la indivisibilidad, Grosso, *op. cit.*, p. 106.

⁶⁶ Véase Biondi, *Le servitù prediali...*, *cit.*, n. 55, p. 154

⁶⁷ A pesar de su postura en principio opuesta a las servidumbres sobre cosas incorporales (véase nota 8), Grosso y Deiana reconocen que los romanistas han demostrado equívoco el principio que no hay servidumbre sobre servidumbre. *Op. cit.*, n. 48, p. 151.

⁶⁸ Confrontado especialmente con D.8,3,33,1, el texto original de D.33,2,1 debía decir que no se puede legar un usufructo de servidumbre (y no una servidumbre de servidumbre). Ya en 1893 Perozzi, inspirado en Scialoja, daba como argumentos para ello que la terminología utilizada por los juristas romanos era contraria a la pretendida regla; que el *servitus servitutis esse non potest* importaba que los juristas clásicos se hubiesen planteado la posibilidad que existiesen derechos sobre derechos, lo que debería descartarse; que el principio aparece en un título en materia de derecho hereditario y no de servidumbres, lo que no sería coherente, más aún cuando el principal caso práctico se encuentra precisamente en D.8,3,33; y, por el contrario a todo lo anterior, *fructus servitutis esse non potest* resultaba una regla sí coherente que venía a limitar la interpretación del senadoconsulto en discusión que permitía el legado de usufructo de todos los bienes. Perozzi, *op. cit.*, pp. 1 y ss. De acuerdo con lo anterior, entiende que tuvo lugar un error de copista, Scialoja, Vittorio, "Nota al precedente artículo del prof. Perozzi", *BIDR*, núm. 6, Italia, 1894, pp. 37 y ss.

Para Perugi, el error no podría imputarse simplemente a un distraído copista, sino en razón de haber tenido a la vista el amanuense un texto abreviado escrito en cursiva o en *notae tironianae*, de modo que el cambio de "f" por "s" y de "c" por "e" resultó fácil, incluso habiéndose realizando el trabajo con atención. Perugi, L. G., "*Servitus servitutis o fructus servitutis?*", *BIDR*, núm. 29, Italia, 1916, I-V, pp. 181-183.

servidumbres personales, admitidas en época justinianea, y que se traducen precisamente en un usufructo sobre una servidumbre.⁶⁹

Ahora bien, hay que advertir que si bien la calidad de predio que se le dio excepcionalmente a la servidumbre fue considerada para estructurar la nueva servidumbre de extracción de agua, mantuvo ella su inherencia respecto al fundo sirviente en la servidumbre original de acueducto. Esto porque, por una parte, no puede ejercerse sobre un predio distinto; y por otra, es sobre el predio gravado con el acueducto que pasa y debe pasar el canal, instrumento material a través del cual se ejerce.

No se equivocaba Biondi cuando decía que el texto de africano acogía una situación que también hoy puede darse, pues en la práctica efectivamente tiene lugar. La diferencia con la realidad actual está en que la servidumbre de acueducto que atraviesa los fundos intermedios no es constituida en favor del fundo que recibe las aguas y que en el pasaje de Africano figura como predio dominante. En el vigente derecho latinoamericano descrito, se aprecia que la servidumbre de acueducto se puede constituir en favor de un derecho real de aprovechamiento de agua, esto es, de una cosa incorporal. Luego, cuando se faculta a la extracción de las aguas desde el acueducto que permite el ejercicio de dicho derecho de aprovechamiento en favor de predios sirvientes intermedios, el gravamen no recae sobre el canal propiamente dicho sino sobre el derecho real de aprovechamiento de agua. Es éste el afectado con la extracción de las aguas, no la servidumbre de acueducto. La limitación y gravamen recaen entonces sobre tal derecho.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

No pretendemos retomar interpretaciones modernas de las fuentes romanas, intentando leer que los juristas romanos o los compiladores desarrollaron en general la idea que los derechos subjetivos pueden ser objeto de otro derecho.⁷⁰ Menos a partir de un solo texto. Sí en cambio destacar y recoger nuevamente la actitud realista y flexible de los romanos, quienes permanentemente

⁶⁹ Biondi, *Le servitù prediali*, cit., n. 55, p. 158. El insigne romanista dio con esta posición un vuelco a las posiciones hasta ese momento sostenidas. “*Fructus*” no fue sustituido por “*servitus*” en razón de un simple error de copista, sino que intencionalmente los compiladores sustituyeron “*fructus*” por “*servitus*”. Ello se habría debido a que, habiendo ya reconocido la posibilidad de un *fructus servitutis* (y por tanto habiendo derogado la regla tradicional), aunque no completamente, se buscó una solución textual con un sentido más general, extendida a toda servidumbre, de manera que la contradicción con la decisión modificada en el pasaje pareciera menos abierto.

⁷⁰ Masi, *op. cit.*, p. 20.

adaptaron las instituciones desarrolladas a las nuevas problemáticas que con el devenir del tiempo se les fueron presentando. Tanto así que no tuvieron problemas en ampliar el concepto de predio cuando fue necesario, incluso respecto de una figura como las servidumbres, cuyo nacimiento y desarrollo estuvo vinculada por antonomasia a los suelos prediales. En este sentido, la flexibilidad romana contrasta con inflexibilidad de los intérpretes modernos.

El derecho latinoamericano es heredero de esta tradición, desarrollando la evolución que el concepto de predio ya había comenzado en el derecho romano, y que necesariamente se anquilosó con su redescubrimiento a partir del siglo XI y la permanente actitud de mantenerse fieles al derecho original, especialmente clásico, repudiando en muchos casos los avances justinianeos.

El texto de Africano deja a la vista que la ampliación moderna que el concepto de predio ha sufrido en algunos ámbitos del derecho latinoamericano, más bien lo acerca que aleja del derecho romano, restableciendo de un modo cercano su evolución conceptual, como sucesores legítimos del mismo y no contradiciéndolo, como muchas veces se cree.

En esta última línea, es relevante hacer presente que claramente la cuestión tratada se enmarca dentro de la problemática de los derechos sobre derechos, tema sobre el cual en Europa ha existido mayor resistencia que en Latinoamérica. Así, es reconocido que en Italia ha existido una generalizada posición contraria a tal idea, estimando la mayoría de la doctrina que se trata de una construcción errónea. Sin embargo, y es importante destacar, hoy comienzan a surgir nuevas voces. Al respecto, Masi ha expresado que no puede compartirse una posición que da por cerrado el tema, porque precisamente la problemática de los derechos sobre derechos se proyecta en concreto, resolviéndose problemas prácticos con la aplicación del régimen de las instituciones que vienen tomadas en consideración,⁷¹ como sería el caso de las servidumbres.

La historia del derecho romano es la historia de la espiritualización del derecho. De la materialidad hacia la “desmaterialidad”. En materia de comunidad, el dominio *in solidum* fue reemplazado por la *communio pro indiviso*, apareciendo el concepto de cuota y de división intelectual; las *res corporalis* se enfrentaron ya en época clásica al reconocimiento de los *iura* como *res incorporales*; de la posesión exclusiva de cosas corporales, se avanzó hasta la *quasi possessio*; etc.

Así también ocurrió con las servidumbres. Sabemos que lo más probable es que los orígenes de la noción de servidumbres fuera también material,

⁷¹ *Ibidem*, p. 23.

no existiendo un derecho separado del objeto material a través del cual se ejercerían y distinto del dominio. De modo que el titular de una servidumbre era dueño (a la época *mancipium*) del camino o acueducto respectivo.⁷²

En esta línea, no debiera extrañar que uno de los pasos siguientes fuera que, de servidumbres que sólo podían constituirse sobre y en favor de fundos, se avanzara a servidumbres que admiten ser ellas mismas el predio sirviente o bien que pueden ser consideradas como objeto de otros derechos reales. De manera que fueron los propios romanos los que dejaron la puerta abierta a que ello se lograra y hoy sea realidad en ciertos ámbitos, y con vocación de expansión.

En cuanto a esta expansión, y a los nuevos ámbitos en que podría aplicarse, es interesante advertir que la ampliación del concepto de predio hacia las cosas incorpóreas puede particularmente servir para resolver problemas en materia de Derecho Indígena. En esta línea, nos encontramos en una época en que está en marcha un proceso de creación de una multiplicidad de soluciones a las problemáticas indígenas. Entre ellas se cuenta el nacimiento de derechos permanentes que indirectamente se concretan en un inmueble por naturaleza, que permiten la adecuada protección de comunidades, entidades o grupos de etnias originarias, que no necesariamente son susceptibles de ser reconocidas como personas jurídicas.⁷³ Es decir, derechos que no importan ni pueden importar dominio, pues no se radican en patrimonios individuales con un único titular. De igual manera, ha tenido lugar la creación de bienes abstractos y perpetuos relevantes de protección, que

⁷² Guzmán, *Derecho privado romano*, Santiago, Thomson Reuters, 2013, t. I, p. 696.

⁷³ La ley 19.253 de Chile atribuye personalidad jurídica a las comunidades indígenas que se organicen y la soliciten. Sin embargo, no necesariamente todas tendrán este estatuto y no todos los derechos que se les reconocen a los indígenas tendrán una concreción patrimonial. Así, el artículo 19 de la citada ley reconoce que todos los indígenas gozan del derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal. Si bien se les otorga el derecho para solicitar la transferencia a título gratuito de los inmuebles referidos, puede ocurrir que no lo pidan, o bien que no exista una persona jurídica a quien traspasárselos. La cuestión puede solucionarse mediante servidumbres no establecidas en favor de los suelos mismos, que como tales no tienen valor para los efectos que tratamos, sino en favor de los derechos respectivos que puedan reconocérceles. Así por ejemplo, una servidumbre de paso no sólo puede involucrar el tránsito por una tierra privada para arribar a un lugar ceremonial, sino también la realización de todas las acciones que sean necesarias para poder ejercer efectivamente el derecho a realizar actividades ceremoniales en el lugar correspondiente. Incluso, puede no ser siempre en el mismo lugar.

no pueden ser atribuidos en propiedad a personas individuales o al conjunto en calidad de asociaciones jurídicas.⁷⁴

Respecto de tales bienes o derechos, perfectamente puede entonces pensarse en servidumbres que no se constituyen en favor de un predio de propiedad de una persona natural o jurídica, sino de los citados derechos o bienes indígenas de carácter perpetuo, que mantienen su vigencia con independencia de los individuos que en una época determinada vivan para ejercerlos. La permanencia y la inherencia de las servidumbres a dichos derechos, constituyen ventajas relevantes que pueden convertirlas en una herramienta útil para la solución de cuestiones indígenas como las referidas.

⁷⁴ *Vgr.* se declaró monumento nacional en Chile el complejo religioso y ceremonial Nguillatuwe, Región de la Araucanía, el cual “constituye un especio medular para el ejercicio de las actividades propias del ceremonial religioso que se sustenta en los valores propios de la cosmovisión del pueblo mapuche y contiene valores tangible e intangibles implícitos” (Decreto n° 1885, 07.05.08, Ministerio de Educación).

“EL DEBER” DE DILIGENCIA CONSIGO MISMO SEGÚN LAS FUENTES ROMANAS

Lilian C. SAN MARTÍN NEIRA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La diligencia como valor en el mundo romano*. III. *El “deber” de diligencia consigo mismo*. IV. *Más que “deber” cabe hablar de “carga” de diligencia consigo mismo: distinción entre carga y deber con base en los postulados del derecho moderno*. V. *La diligencia del bonus, prudens pater familias como paradigma de la diligencia consigo mismo*. VI. *La ‘Neglegentia’ constituye culpa. ‘Culpa sua’ como reproche a la conducta de la víctima. D.50,17,203*. VII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las múltiples herencias dejadas por los juristas romanos está la idea de responsabilidad, esto es, el hecho de que cuando alguien ocasiona culpablemente un daño a otro está obligado a indemnizarlo.¹ Esta idea, resumida en el adagio romano *neminem leadere*, encuentra algunas limitaciones, especialmente cuando el daño no proviene *íntegramente* de la actividad culpable ajena, sino también de la propia víctima. En estos casos, la víctima no tiene derecho a ser indemnizada,

Profesora Universidad Alberto Hurtado, Chile. Doctor en Sistema Giuridico Romanista, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Iniciación N° 11140246, del cual la autora es investigadora responsable.

¹ Se alude a la idea de responsabilidad, sin perjuicio de que el vocablo responsabilidad no se encuentre presente en las fuentes romanas y haya surgido recién en el s. XVIII. *Vid* Schipani, Sandro, “Seche sull’origine del termine “responsabilità”, ahora en Sandro Schipani, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, Giappichelli, pp. 1-28; De Ángel Yagüez, Ricardo, “Sobre las palabras “responder”, “responsable” y “responsabilidad”, en Antonio Cabanillas Sánchez *et al.*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 1323-1351.

es decir, carece de la posibilidad de traspasar (cuando menos no íntegramente) el costo del daño sufrido a un tercero. De esto existen diversos testimonios en las fuentes romanas.² Según evidencian tales fuentes, los juristas romanos privaban de indemnización a la víctima de un daño, incluso cuando esta no había intervenido materialmente en su producción, sino que no había adoptado medidas tendientes a evitar la propagación de un daño inicialmente ocasionado por otro, el ejemplo más claro de esta afirmación se encuentra en D.9,2,30,4:

Paul. 22 ad ed. *Si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.*

Si un esclavo hubiere sido herido no mortalmente, pero hubiere perecido por negligencia, habrá acción por haber sido herido, no por haber sido muerto.

Este pasaje, que explicita el pensamiento previamente formulado por Alfenos en D.9,2,52 pr., al afirmar que no hay lugar a reclamar por la muerte, sino sólo por las heridas, lo que hace es considerar causante de la muerte no a quien ha herido, sino al dueño que no ha cuidado las heridas. De esta manera, se configura en Roma lo que modernamente se conoce como “deber de evitar o mitigar el daño”, usualmente asociado a la tradición del *Common Law*.

El problema que presenta la solución esbozada es el siguiente: el no cuidar las heridas del propio esclavo comporta una omisión, por tanto, para que el dueño pueda ser considerado “causante” es necesario que exista a su respecto un “deber” de cuidar tales heridas, en otras palabras exige la existencia de un deber de ser diligente en el cuidado de los asuntos propios. La pregunta entonces es ¿en qué consiste y dónde emana este deber? Esta es la pregunta que se aborda en el presente trabajo, el cual analiza la fuente y la naturaleza jurídica del deber de diligencia consigo mismo, presente en las fuentes romanas, y de cuya inobservancia se sigue la privación de la indemnización en los términos antes reseñados.

Cabe destacar que la respuesta a esta pregunta tiene gran relevancia práctica para el derecho moderno, pues ella permite sentar las bases romanistas del deber de evitar el daño en la actualidad, admitiéndolo como una institución propia del sistema e insertándolo en el esquema moderno de responsabilidad civil, sin la necesidad de tratarlo como una simple importación desde otra tradición jurídica.

² Sobre el alcance de esta afirmación *vid* San Martín Neira, Lilian C., “La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz de algunas fuentes romanas”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 27, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 35-67. Disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3883/4177>, accedido 12/01/2016.

II. LA DILIGENCIA COMO VALOR EN EL MUNDO ROMANO

Apoyándonos en la doctrina civil,

podemos definir la diligencia como: “adecuado empleo de las energías y de los medios útiles a la realización de un determinado fin”.³ Según los diversos fines a que se dirija el esfuerzo en que se identifica, la diligencia puede exigir la aplicación de facultades volitivas, el recurrir a instrumentos materiales idóneos, la observancia de principios técnicos y de preceptos jurídicos.⁴

Así descrita, la diligencia era conocida también por los romanos, quienes hablaban de ella en los diversos ámbitos de la vida romana, jurídica y no jurídica.⁵

La mayor confirmación de esa aseveración la encontramos en las palabras de Cicerón, quien exalta la *diligentia* al ponerla como uno de los principales elementos que constituyen la oratoria. En efecto, Cicerón sostiene que los elementos que constituyen la oratoria son el ingenio, la diligencia y el arte. De ellos, aclara, el primero de todos es el ingenio, pero igualmente importante es la diligencia, pues “ésta puede llevar a revelar el ingenio, ya que tiene un enorme peso, sea en la defensa de las causas, que *en todas las demás cosas*”. Por esta razón, Cicerón exalta la diligencia, sosteniendo que el orador debe

cultivarla con todo su empeño y hacer continuo uso de ella, porque no hay nada que ella no pueda conseguir (...) en realidad, entre el ingenio y la diligencia, queda poco espacio para el arte. El arte muestra sólo dónde tú debes buscar y donde está el motivo del interés. Todo el resto es obra del ‘celo’, del ‘interés’, de la ‘reflexión’, de la ‘vigilancia’, de la ‘constancia’, de la

³ En la *Enciclopedia Jurídica Omeba* se atribuyen tres significados jurídicos al vocablo ‘diligencia’, a saber: a) diligencia en el cuidado, actividad y prontitud con que se realiza un acto al que se está jurídicamente obligado, b) toda actuación que realizan el juez, sus auxiliares o comisionados y las partes interesadas dentro de un proceso judicial o con relación a éste, c) toda tramitación que efectúan los funcionarios públicos en ejercicio de sus respectivas funciones y toda actividad que realizan los particulares ante las dependencias del Estado u oficiales públicos. Cfr. Smith, Juan Carlos, s.v. “Diligencia”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VIII, p. 847.

⁴ Cfr. Bianca, C. Massimo, “Negligenza”, *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 191; D’Amico, Giovanni, “Negligenza”, *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XII, p. 25.

⁵ Para los diversos usos de *diligentia* véase Forcellini, Aegidio, *Lexicon totius latinitatis*, Arnaldus Forni, Bononiae, 1965, t. II, p. 133; Voci, Pasquale, “*Diligentia*’, ‘*custodia*’, ‘*culpa*’”, *Studia et Documenta Historiae Iuris*, núm. 46, 1990, pp. 33 y ss.

‘fatiga’, o sea, de la diligencia, para usar una sola palabra que contiene en sí todos los demás valores.⁶

Esta amplia y variada gama de acepciones —todas tendientes a expresar el escrupuloso y atento actuar, sin dejar de redundar en el sentido de devoción respecto a la cosa a la cual la atención va dirigida— dependían de su etimología genérica y comprensiva de ‘elección’, ‘discernimiento’, de ‘dis’ y ‘lego’: que quiere decir elección con discernimiento de la actitud síquico-volitiva, a fin de llegar a buen término con la propia conducta, opera y acción.⁷

De las palabras de Cicerón, así como de las fuentes jurídicas —a las que haremos referencia en las páginas siguientes—, se desprende que en los orígenes la *diligentia* era una institución de la moral tradicional aristocrática, la misma moral que dio vida a la figura del *bonus vir*, así como exigía la *fides*, incluso antes que pasara a ser *bona fides*.⁸ *Diligentia* y *fides* correspondían a un “mundo de ideas ligadas entre ellas: instancias válidas para los *viri boni*, quienes querían elevar a su altura a los hombres comunes”.⁹ Era, por tanto, un valor conforme al cual debía comportarse en todo momento el *bonus vir*, tanto en la conducción de los asuntos ajenos, como propios.¹⁰ A este último aspecto me referiré en seguida.

III. EL “DEBER” DE DILIGENCIA CONSIGO MISMO

En el ámbito jurídico,¹¹ tanto en el lenguaje técnico de los jurisconsultos, como en aquel de los escritores literarios, la expresión *diligentia* fue empleada

⁶ Véase Cic. *De or.* 2.147-150, *Opere retoriche di M. Tullio Cicerone*, vol. I, *De oratore, Brutus, Orator*, trad. italiana al cuidado de Giuseppe Norcio, reimpresión de la 1ª ed. de 1976, Torino, UTET, 2000, pp. 319-321.

⁷ Cancelli, Filippo, s.v. “Diligenza (diritto romano)”, *Enciclopedia del Diritto* (ED), Milano, Giuffrè, 1964, vol. XII, p. 517; véase también Lega, Carlo, *L’obbligo di diligenza del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1961, *passim*.

⁸ Lombardi, Luigi, *Dalla “fides” alla “bona fides”*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 183.

⁹ *Cfr.* Voci, Pasquale, *op. cit.*, n. 5, p. 36.

¹⁰ Prácticamente toda la bibliografía dedicada a diligencia se refiere a la diligencia en los asuntos ajenos y su relación con la culpa. Pocos son los autores que se refieren a la diligencia consigo mismo, los cuales citamos en el párrafo siguiente.

¹¹ De *diligentia* hablan las fuentes jurídicas republicanas y es posible remontarse, con probabilidad, a Quinto Mucio Scevola y a Servio Sulpicio Rufo. *Cfr.* Voci, Pasquale, *op. cit.*, n. 5, p. 36. Véanse D.13,6,5,2; D.18,6,12.

principalmente para designar la cuidadosa, atenta y previsora conducta de quien gestiona intereses ajenos y de quien debe cumplir una obligación.¹² Así, en su acepción de atento y escrupuloso cuidado, la *diligentia* está relacionada con el *officium*, ‘deber de hacer algo’, tanto en un sentido genérico, como restringido a la misión de gestión social de la cual alguien es encargado.¹³ Empero, por ser un valor, la diligencia no era vista sólo como un deber para con lo demás, sino también para consigo mismo, en este sentido podemos ver lo que dice Calístrato en D.26,7,33 pr.:

Call. 1. 4 *de cognitionibus. A tutoribus et curatoribus eadem diligentia exigenda este circa administrationem rerum pupillarum quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet.*

A los tutores y a los curadores de los pupilos se les ha de exigir en la administración de los bienes pupilares la misma diligencia que un padre de familia debe poner de buena fe en sus propias cosas.

De este pasaje, observa Fadda, aquello que en realidad maravilla es la circunstancia que habla de deber (*debet*) de frente a sí mismo. Para este autor se trataría de una contradicción, pues, afirma, claramente nadie puede estar obligado consigo mismo. En todo caso, agrega, esta “imprecisa expresión” se explica sin dificultad: por un lado, el jurista pensaba a la diligencia que el buen padre de familia usa en las cosas propias, por otro, tenía en mente que el padre de familia al entrar en ciertas relaciones con otros estaba obligado a utilizar, de frente a los demás interesados, aquella misma diligencia. Fue la confusión de los dos puntos de vista la que llevó a hablar del deber de comportamiento del padre de familia hacia sí mismo.¹⁴

Sin embargo, resulta legítimo preguntarse, ¿se trató efectivamente de una confusión, o en realidad el autor quería referirse precisamente a la diligencia que el padre de familia ‘debía’ prestar en sus cosas? A nuestro juicio,

¹² Voci nos dice que el paso de la ética social al derecho se produjo, por un lado con el reconocimiento de los *iudicia bonae fidei* y, por otro, con la inserción de las cláusulas de dolo y de *arbitratus boni viri*, en las estipulaciones pretorias. Véase Voci, Pasquale, *op. cit.* nota 5, p. 36. Véanse D.13,6,5,2; D.18,6,12. Por su parte De Robertis afirma que la *diligentia* habría surgido como criterio para determinar la responsabilidad del deudor. De Robertis, Francesco Maria, “*Culpa et diligentia*” nella compilazione giustiniana”, *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano Giuffrè, 1962, vol. 2, p. 361.

¹³ Cancelli, Filippo, *op. cit.*, nota 7, p. 518.

¹⁴ *Cfr.* Fadda, Carlo, “Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa”, *Labeo*, núm.14, 1968, p. 87.

el autor no estaba confundido, sino que dijo precisamente lo que quería decir, en este sentido señala Iglesias:

rara vez se habla de una manera de ‘deber’ que afecta, por modo fundamental, a un individuo, y cuya vulneración perjudica a éste antes que a nadie. El deber de ser diligente consigo mismo, con sus propios negocios o asuntos. No se trata de un deber con pura sede moral, de un deber recoleto u oscuro, con asiento en el mínimo anonimato de cada persona. Sino de un deber apremiado por lo circunstante de la ley o por la ley misma. En la vieja Roma se advierte como el plenario ambiente de ésta viene saturado por el *officium*, por el ‘deber de hacer algo’ y, precisamente, diligencia. Respecto de los demás, mas también, respecto de sí mismo. En Roma se quiere que todo sea un puro ‘hacer’, un *agere*, y de todo punto diligente. Si el derecho subjetivo —léase ‘poder’— se otorga para su ejercicio, el silencio importa admisión conducente a su pérdida.¹⁵

Luego, este mismo autor procede a dar una serie de ejemplos “de quienes, afectos a tal prescripción, deben culparse a sí mismos por su falta de diligencia”:¹⁶ a) Los banqueros tienen como principal deber el de confeccionar diligentemente las cuentas de sus negocios. Culpa de ellos es proceder contra lo que ordena tal deber, D.2,13,10,1; D.2,13,10,3; b) El que fue crédulo, debe sufrir las consecuencias, D.2,10,1,2; c) El que busca un socio poco diligente, debe culparse a sí mismo, D.17,2,72; I.3,25,9; d) El deponente no debe poner la cosa en manos de un amigo negligente, D.44,7,1,5, I.3,14,3; e) El barbero peca de negligente si coloca la silla en sitio peligroso, D.9,2,1 l pr.; f) El que compra vino que luego se corrompe, antes de la entrega, debe culparse a sí mismo, tanto por no haberlo degustado, cuanto por haberlo hecho de modo insuficiente, D.18,6,16(15); g) El poseedor de mala fe debe pechar con las consecuencias de haber hecho gastos necesarios o útiles en cosa ajena, D.4,8,27,2.

En ese mismo sentido ha dicho Betti que el derecho (romano y actual) hace un llamado a proteger el propio interés a fin de procurar un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía privada. Asimismo, por ser libre, a la iniciativa privada se adosa el riesgo de su uso perezoso o incauto, riesgo que el ordenamiento coloca a cargo de la parte inerte o descuidada, cuya iniciativa se esperaba.¹⁷

¹⁵ Cfr. Iglesias, Juan, “Religion de la ‘diligentia’”, *Labeo*, núm. 37, 1991, p. 94.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 94 y ss.

¹⁷ Véase Betti, Emilio, *Diritto romano*, Padova, CEDAM, 1935, vol. I, pp. 410 y ss.

IV. MÁS QUE “DEBER” CABE HABLAR DE “CARGA” DE DILIGENCIA CONSIGO MISMO: DISTINCIÓN ENTRE CARGA Y DEBER CON BASE EN LOS POSTULADOS DEL DERECHO MODERNO

Según los autores citados recientemente, es perfectamente posible aceptar la existencia de un deber jurídico de diligencia para consigo mismo. Así lo demuestran los numerosos pasajes citados por la doctrina. Con todo, dado que la expresión *deber* tiene una específica connotación, vale la pena preguntarse sobre la naturaleza jurídica de este deber y sus consecuencias, pues en estricto rigor no cabe hablar de un “deber consigo mismo” y más bien pareciera que se trata de una “carga”. En tal sentido sostiene Voci que en el mundo romano la *diligentia* era entendida tanto como un deber que como una carga.¹⁸

Decir que la diligencia era entendida como un deber y como una carga supone poder distinguir entre uno y otro concepto, o sea, que de frente a una norma que imponga actuar diligentemente, podemos determinar si se trata de un deber o de una carga y establecer las consecuencias. Por tal razón, a continuación hacemos una breve reseña sobre el paralelo entre ‘deber’ y ‘carga’, en base a las propuestas de la doctrina moderna, toda vez que los juristas romanos no elaboraron teóricamente esta distinción, aunque sí reconocieron sus consecuencias prácticas.

En lo que atañe a los deberes, la doctrina más autorizada sostiene que la existencia de un deber jurídico no es otra cosa que la validez de una norma jurídica, que haga depender una sanción del comportamiento (acción u omisión) opuesto a aquel que constituye el deber jurídico. El deber jurídico no es nada diverso de la norma jurídica. Es simplemente la norma jurídica en su relación con el individuo, a cuyo comportamiento la norma conecta una sanción. Contenido del deber jurídico es el comportamiento opuesto (contrario) al comportamiento que, en cuanto ilícito, es la condición de la sanción. El deber jurídico es el deber de abstenerse del ilícito. Es el deber del sujeto de obedecer la norma jurídica.¹⁹ En consecuencia, es posible definir el deber como la “posición (pasiva) del sujeto frente al ordenamiento, por efecto del cual él viene estar en la necesidad de un comportamiento (activo

¹⁸ Cfr. Voci, Pasquale, *op. cit.*, nota 5, p. 36. Este autor da como ejemplos de la ‘carga de diligencia’, entre otros, los siguientes pasajes: D.16,1,17 pr.; D.22,6,9,2.

¹⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y dello stato*, 6ª ed., trad. italiana de Sergio Cotta y Giuseppino Treves 1994, reimpresión, Milano, ETAS, 2000, p. 59. En el mismo sentido véanse: Von Tuhr, Andreas, *Parte general del derecho civil*, trad. castellana de Wenceslao Roces, San José de Costa Rica, Ediciones Juricentro, 1977, p. 19; Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, pp. 406 y ss.

o pasivo) que adquiere relevancia jurídica prescindiendo de cualquier consideración de su voluntad (*necessitas agendi*)”.²⁰ Precizando aún más la noción, se ha agregado que el término deber asume para el derecho un significado propio a través de la sanción que va implícita en el concepto.

De lo dicho se desprende que los elementos constitutivos del ‘deber’ son tres: a) la limitación de la libertad del sujeto; b) el contenido sustancial del deber, es decir, el comportamiento debido en su objetividad y en su función de satisfacción del interés jurídico prevaleciente de otro sujeto o de la sociedad; c) la sanción puesta como garantía del deber jurídico y, por tanto, el estado de responsabilidad del sujeto de frente al ordenamiento jurídico.²¹

A fin de confrontar los conceptos de deber y carga, la doctrina enseña que debemos concentrarnos en la sanción. Ésta se define como “la consecuencia que el derecho conecta a la violación de un precepto establecido para tutelar determinados intereses, confiriendo al ofendido el poder de obtener la reparación o la represión y poniendo al culpable en la necesidad de sufrir un perjuicio correspondiente”.²² Desde el punto de vista del sujeto que viola la norma, la sanción se traduce en responsabilidad,²³ que se define como “la posición en que se encuentra una persona creada por la necesidad jurídica de sufrir la pérdida de un bien a título de reparación o de pena, en razón de un ilícito puesto a su cargo”.²⁴ Siguiendo esta línea de pensamiento, es posible distinguir entre la sanción penal y civil, en el primer caso la sanción es justamente la pena, en el segundo, se traduce en el resarcimiento de los perjuicios causados.²⁵

Lo dicho hasta aquí se refiere a la violación de un deber propiamente tal, veamos ahora la ‘carga’. Éste término corresponde en español al concepto

²⁰ Cfr. Palermo, Antonio, s.v. “Obbligo giuridico”, *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 704.

²¹ *Idem*.

²² Cfr. Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 412.

²³ Cfr. Alessandri, Arturo, *et al.*, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, 7ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 301.

²⁴ Cfr. Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 413.

²⁵ Cfr. Alessandri, Arturo, *op. cit.* nota 23, p. 161; Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 431. Este último autor habla del derecho romano, por lo tanto, al interior de la sanción civil él distingue entre la sanción dirigida al resarcimiento y aquella dirigida a la imposición de una *poena*. En todo caso, tal división ha sido superada en el sistema romanista moderno, pues, sin perjuicio de las opiniones disidentes, en la jurisprudencia no se aceptan los llamados ‘daños punitivos’.

de ‘*onere*’ en italiano,²⁶ a su vez, este último proviene del latín *onus*,²⁷ que se ha conservado en el idioma portugués con la misma grafía: ‘*onus*’,²⁸ y que se ha generalizado en derecho procesal con la clásica locución ‘*onus probandi*’, literalmente: ‘carga de la prueba’.²⁹ En efecto, el delineamiento preciso del concepto de carga por parte de la ciencia jurídica se debe especialmente a los estudiosos del derecho procesal civil.³⁰ Ha sido en esta disciplina que la doctrina ha puesto en evidencia la diferencia que corre entre ‘deber’ y ‘carga’, sosteniendo que mientras al primer concepto corresponden las nociones de ‘acto debido’ y ‘acto ilícito’, estos son ajenos al concepto de carga, de manera que la base para distinguir entre ‘deber’ y ‘carga’ sería determinar si la contravención de la norma que impone la conducta puede o no definirse como ‘acto ilícito’.³¹ En este sentido, nos dice Betti, habría que distinguir entre el hecho ‘ilícito’ y aquel simplemente ‘ilegal’, donde éste equivale a un hecho desprovisto de los requisitos establecidos en la ley y que, si bien no es reprochable en sí mismo, o sea, pudiéndose ejecutar impunemente, no es idóneo, por esa sola razón, para reclamar la protección legal.³²

Contrariamente a lo que ocurre con los deberes, la licitud de la conducta contraria a la carga es una característica fundamental de la misma. Sin embargo, no es suficiente para distinguir entre carga y deber, para ello debemos poner el acento en el “interés que se pretende regular”.³³ Cuando se trata de un deber la norma jurídica mira al interés de un sujeto diverso de aquel a quien ella va dirigida; en cambio, cuando se trata de una carga,

²⁶ Cfr. Carbonell, Sebastián, *Dizionario fraseologico completo Italiano-Spagnolo e Spagnolo-Italiano*, parte Italiana-Spagnola, Milano, Hoepli, 1986, p. 438; *Vocabolario della lingua italiana*, Roma, 1987, vol. III, p. 523.

²⁷ Cfr. Cortelazzo, Manli y Zolli, Paolo, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, reimpression de la 1ª ed. de 1985, Bologna, Zanichelli, 1999, p. 833.

²⁸ Cfr. Spinelli, Vincenzo y Casasanta, Mario, *Dizionario completo italiano-portoghese (brasiliiano)*, parte 1ª, Milan, Hoepli, 1983, p. 491.

²⁹ Cfr. Carnelli, Lorenzo, “Carga”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. II, p. 708. En este mismo sentido: Micheli, Gian Antonio, *L'onere della prova*, Padova, CEDAM, 1942, pp. 67 y ss.

³⁰ Palermo, Antonio, “Onere”, *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 916; Gelato, Paola, “Onere”, *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., vol. XIII, p. 62.

³¹ Véase Carnelutti, Francesco, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, Foro Italiano, 1951, p. 160. Tal conclusión corresponde a la evolución del pensamiento de este autor, pues previamente había señalado que la “ejecución” y no la “pena” era lo que caracterizaba al deber. Carnelutti, Francesco, “Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto”, *Rivista del Diritto Commerciale del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1923, vol. XXI, Parte I, p. 354.

³² Cfr. Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 410.

³³ Cfr. Scozzafava, Oberdam Tommaso, “Onere (nozione)” *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, p. 102; Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, pp. 412 y ss.; Durante, Vincenzo, “Onere”, *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. XXI, p. 3.

la norma mira un interés del mismo sujeto a quien ella va dirigida.³⁴ De esta manera, la carga constituye la subordinación de un interés a favor de otro interés del mismo sujeto, y sería éste quien, en base a una valoración económica de sus diversos intereses en juego, decide si actuar o no.³⁵ En síntesis, lo que caracteriza a la carga es la inexigibilidad de la conducta y la improcedencia de resarcimiento para el caso de inobservancia.³⁶

De lo dicho se desprende que el sujeto gravado con la carga tiene el poder de decidir si observar o no la conducta prescrita por la norma, siendo ambas conductas lícitas (permitidas por el ordenamiento). Sin embargo, el sujeto no tiene plena libertad de decisión, pues si no observa la norma deberá soportar las consecuencias nocivas derivadas de la inobservancia.³⁷ Por tanto, la carga conlleva siempre una heterodeterminación, no hay carga si es meramente interés, tampoco si es libertad absoluta,³⁸ la coactividad de la carga es limitada, pero existe. Para graficar esta situación se habla de ‘deber-libre’:³⁹ el sujeto tiene un “deber” pero no puede ser obligado por un tercero a observarlo.

V. LA DILIGENCIA DEL *BONUS, PRUDENS* *PATER FAMILIAS* COMO PARADIGMA DE LA DILIGENCIA CONSIGO MISMO

La doctrina civilista distingue entre diligencia subjetiva y objetiva, según si se consideran o no las cualidades particulares del sujeto en cuestión, es decir, si se hace el confronto con un modelo preestablecido o bien se atiende a aquella

³⁴ Palermo, Antonio, *op. cit.*, nota 20, p. 916; Durante, Vincenzo, *op. cit.*, nota 33 p. 1; Scozzafava, Oberdam Tommaso, *op. cit.*, nota 33, p. 102; Alessandri, Arturo *et al.*, *op. cit.*, nota 23, p. 301.

³⁵ *Cfr.* Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 410; Gelato, Paola; *op. cit.*, nota 30, p. 62; Palermo, Antonio, *op. cit.*, nota 20, p. 917.

³⁶ Véase Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988, pp. 50 y ss.

³⁷ Véase Pugliatti, Salvatore, “Autoresponsabilità” *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, pp. 452 y ss. En el mismo sentido véase Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, pp. 410 y 411; Scozzafava, Oberdam Tommaso, *op. cit.*, nota 33, pp. 99 y ss.; Sico, Ernesto, “Il creditore ha l’onere di proporre l’azione esecutiva? (nota a la Cassazione civile, sez. I, 14 gennaio 1992)”, *Il corriere giuridico*, 1992, pp. 283 y ss.; Lamarca Marqués, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001, p. 39.

³⁸ *Cfr.* Carnelli, Lorenzo, *op. cit.*, nota 29, p. 708. En este mismo sentido: Micheli, Gian Antonio, *op. cit.*, nota 29, pp. 67 y ss.

³⁹ Gavazzi, Giacomo, *L’onere. Tra la libertà e l’obbligo*, reimp. de la 1ª ed., Torino, Giapichelli, 1985, pp. 1 y ss.

diligencia que el sujeto en cuestión está en grado desplegar.⁴⁰ La forma tradicional de medir la diligencia en el sistema romanista de derecho ha sido la comparación con un modelo preestablecido, un paradigma que indica cuál habría sido la actitud correcta en las circunstancias en que se encontraba el sujeto cuyo comportamiento se analiza. Así, si el comportamiento ideal coincide con el comportamiento efectivo, el sujeto habrá actuado diligentemente. En derecho romano dicho paradigma era el ‘*bonus pater familias*’, éste indicaba la diligencia que era dable esperar de un tipo abstracto de hombre: preciso, metódico, puntual y que no olvida sus compromisos.⁴¹

El ‘buen padre de familia’ era una figura tradicional de la sociedad romana, citado por autores como Catón, Varrón, Columela y Cicerón,⁴² definido como “*il bonus dominus: «qui bene praebeat quae opus sunt et nummos fide bona solvat»* (quien provee correctamente lo necesario para la obra y ofrece una cantidad honesta).⁴³ En efecto, “puede decirse que la literatura romana no posee un modo más apropiado para indicar al activo, primoroso, ahorrativo y moderado hombre en los negocios privados”.⁴⁴ Por consiguiente, parece natural que a la misma nomenclatura recurrieran los juristas del período clásico cuando querían decir si en un determinado caso concurría o no *diligentia* esperable.

Como se desprende de la obra de Catón ‘el viejo’,⁴⁵ la figura del buen padre de familia fue construida en el ámbito de la administración de la ha-

⁴⁰ Bianca, C. Massimo, *op. cit.*, nota 4, p. 192. En el *Corpus Iuris* estas dos figuras son representadas como *diligentia quam suis* (que luego en la doctrina medieval se llamó *culpa in concreto*), es decir, la diligencia que suele emplear el propio deudor en la gestión de sus asuntos personales; y *diligentia diligentis* (*culpa in abstracto*), que consiste en la diligencia que emplea el buen padre de familia, entendido como aquella persona que se considera socialmente prudente, valoración abstracta, pues el modelo al que se hace referencia es un tipo ideal. *Cfr.* Cortés Moncayo, Édgar, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009 p. 87.

⁴¹ En este sentido Talamanca, para quien “*buon padre di famiglia <è> colui che, secondo il comune sentire sociale, deve considerarsi persona prudente ed accorta*”. *Cfr.* Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 665.

⁴² *Cfr.* Predella, Carlo, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1934, p. 9; Giorgianni, Michele, “Buon padre di famiglia” *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, p. 597; Cancelli, Filippo, *op. cit.*, nota 7, p. 523.

⁴³ *Cfr.* Catón, *De agric.* 14. 3. Catón está hablando de un contrato de construcción, en el cual se debe fijar el precio por cada tabla que fabricará el carpintero a quien el propietario proveerá todo lo necesario. Asimismo, el *bonus pater familias* es la figura con que Columela describe al meticoloso agricultor. Véase Columella, *De re rustica*, I, I, 12, 21.

⁴⁴ Cancelli, Filippo, *op. cit.*, nota 7, p. 523.

⁴⁵ Sobre la vida y obra de Catón véase: Orestano, Riccardo, “Catone Marco Porcio il Censore”, *Novissimo digesto italiano*, vol. III, p. 27; Criniti, Nicola, “Catone il Censore (Marco Porcius Cato)”, *Enciclopedia Virgiliana*, vol. I, pp. 706 y ss.; Bretone, Mario, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2ª ed., reimpr. ed. 1982, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 7; Cannata, Carlo

cienda agrícola. Este hombre era, ante todo, un buen administrador de los propios intereses,⁴⁶ de ello quedan vestigios en el digesto. Así, en D.18,1,35,4 Gayo exige al vendedor la diligencia que el buen padre familia pone en sus cosas; lo mismo repite Paulo a propósito de la diligencia del acreedor pignoraticio en D.13,7,14.⁴⁷ Fue sólo con el transcurso del tiempo, y con la evolución del sistema obligatorio romano, que el concepto comenzó a ser empleado como un parámetro para determinar si la conducta del deudor podía o no ser calificada de negligente,⁴⁸ en consecuencia, culpable.⁴⁹

En esta sede recobra valor el significado originario que tenía la expresión *bonus pater familias*, aquella de *De agri cultura*,⁵⁰ pues en éste se encuentra precisamente la noción de diligente administrador de los propios negocios, es decir, la diligencia en la conservación de los propios intereses, no en el cumplimiento de una obligación. En efecto, cuando Catón describe las actividades que se debieran realizar en la villa agrícola a fin de alcanzar la mejor gestión y, por consiguiente, el mayor provecho económico para el propietario,⁵¹ se refiere a una administración útil para sí mismo, no para

Augusto, *Per una storia della scienza giuridica europea, Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, Giappichelli, 1997, t. I, p. 208. Por último, para la importancia jurídica de la obra de Catón, particularmente en lo que se refiere al incumplimiento, nos remitimos a Cardilli, Riccardo, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 63 y ss.

⁴⁶ Morra, Lucia y Bazzanella, Carla, "Considerazioni sul 'buon padre di famiglia'", *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2002, p. 534. Véase también: Fadda, Carlo, *op. cit.*, nota 14, pp. 82 y ss.; Predella, Carlo, *op. cit.*, nota 42, p. 5; Giorgianni, Michele, *op. cit.*, nota 42, p. 597; Cancelli, Filippo, *op. cit.*, nota 7 p. 524.

⁴⁷ Sobre la colocación de este pasaje en sede de prenda, véase *Palingenesia*, vol. I, p. 1024.

⁴⁸ Giorgianni, Michele, *op. cit.*, nota 42, p. 597; Fadda, Carlo, *op. cit.*, nota 14, pp. 82 y ss.

⁴⁹ De esta manera la diligencia pasa a ser el comportamiento que, en positivo, debe tener el deudor para no caer en culpa. (Cfr. Talamanca, Mario, *op. cit.*, nota 41, p. 665). Más tarde se llegarán a individualizar diversos grados de diligencia correspondientes a los diversos grados de culpa (así, Talamanca, "Colpa civile (storia)", *Enciclopedia del diritto*, vol. VII). Sobre el punto véase Rosso Elorriaga, Gian Franco, "El buen padre de familia como criterio de apreciación de la culpa y su aplicación a la responsabilidad cuasidelictual", *Derecho de daños*, Santiago, LexisNexis Chile, 2002, pp. 3 y ss.

⁵⁰ Hay algunas incertezas con respecto del título de esta obra, en efecto, para algunos el título correcto sería '*De re rustica*'. Cfr. Cugusi, Paolo y Sblendorio Cugusi, Maria Teresa (traductores), *Opere di Marco Porcio Catone Censore*, Torino, UTET, 2001, vol. I, p. 60, n. 284.

⁵¹ La obra de Catón fue escrita en el periodo sucesivo a la II Guerra Púnica, por tanto, una época de gran disponibilidad de mano de obra servil, lo que permitía que la hacienda fuera usada no sólo para la auto-sustentación. Cfr. Cugusi, Paolo y Sblendorio Cugusi, Maria Teresa, *op. cit.*, nota 50, p. 69. Para la historia económica de la Roma antigua véase: Serrao, Feliciano, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, Jovene, 2006, p. 7 y ss. Véase también: Serrao, Feliciano, "L'impresa in Roma antica", *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 7-9 aprile 1987, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1988, vol. II, p. 21 y ss.;

la contraparte.⁵² Esto último se aprecia claramente en *De agric.* 3.2, en este pasaje Catón da las instrucciones para ‘tener una villa bien construida’, y sostiene: “es necesario que el ‘*patrem familiae*’ tenga una villa bien construida, una bodega para el aceite, una para el vino, muchas tinajas, a fin que tenga la posibilidad de esperar hasta que suban los precios: eso hará crecer su patrimonio, su fama de hombre virtuoso y su buen nombre”.⁵³

Luego, en el mismo pasaje recién citado, Catón da una serie de instrucciones a fin que el *dominus* no se vea afectado por las inclemencias del tiempo, en este sentido sostiene:

(3) ten en cuenta que cada año arriba el mal tiempo, que hace caer las aceitunas del árbol, si las recoges en tiempo, y tienes pronto el equipamiento, no se producirá ningún daño y el aceite será más verde y mejor; (4) en cambio, si las aceitunas permanecerán demasiado tiempo en la tierra o en la mesa, comenzarán a marchitar y el aceite se ranciará. De cualquier tipo de aceitunas se puede obtener buen aceite, si lo haces al tiempo justo.⁵⁴

Es decir, según las instrucciones de Catón, el *dominus* debía estar siempre preparado para afrontar las contingencias del momento.

En conclusión, la diligencia ya fuera como deber que como carga, se medía según el mismo parámetro y para ello se utilizaba el paradigma del buen padre de familia, pues, de acuerdo con Fadda, dicha figura era el ejemplo por antonomasia de quien se conduce diligentemente en los propios asuntos. Más tarde la *bona fides* hizo que en la gestión de los asuntos ajenos se exigiera esa misma diligencia.⁵⁵

VI. LA ‘*NEGLEGENCIA*’ CONSTIUYE CULPA. ‘*CULPA SUA*’ COMO REPROCHE A LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA. D.50,17,203

La conducta opuesta a la *diligentia* es la *neglegentia*, ésta consiste precisamente en la omisión de las actividades que el sujeto estaba llamado a observar en

García Garrido, Manuel Jesús, *El comercio los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 16 y ss.; Benítez López, María M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dickinson, 1994, pp. 13 y ss.; Solidoro Maurotti, Laura, *Problemi di storia sociale nell’elaborazione giuridica romana*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1996, p. 17.

⁵² Véase Cugusi Paolo y Sblendorio Cugusi Maria Teresa, *op. cit.*, nota 50, pp. 60 y ss.

⁵³ *De agric.* 3.2. *Ibidem*, p. 34.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Véase Fadda, Carlo, *op. cit.*, nota 14, p. 72 y ss.

cumplimiento de su deber de diligencia.⁵⁶ A su vez, existe una estrecha relación entre *neglegentia* y *culpa*, tanto así que ésta última es usualmente definida por la doctrina como “la falta de la diligencia debida”.⁵⁷ Sin embargo, *culpa* es un concepto mucho más amplio, que comprende, además de la negligencia, otros conceptos, tales como imprudencia e impericia.⁵⁸ Por otro lado, Talamanca señala que en la compilación justiniana y en las fuentes jurídicas que nos han llegado fuera de ella, el término *culpa* asume un significado variable que se concreta, sustancialmente, en tres diversas acepciones: ilícito, imputabilidad y negligencia en sentido genérico.⁵⁹

En el sentido de imputabilidad (que es el que nos interesa en esta sede) el vocablo *culpa* es usado en diversos pasajes del *Corpus Iuris* para sindicar al sujeto que debe soportar las consecuencias de un evento dañino, generalmente diverso de aquel que ha sufrido lesión, pero también cuando se trata de adscribir las consecuencias perjudiciales de un hecho al patrimonio del mismo sujeto que lo sufre.⁶⁰ En este último sentido el pasaje emblemático es D.50,17,203:

⁵⁶ En el campo de las obligaciones, este deber se individuaba con la expresión *diligentiam praestare*. En este sentido sostiene Cannata que “quando i giuristi romani volevano sottolineare la presenza di un dovere di diligenza attiva, e cioè l'imputabilità di un pregiudizio sulla base di un criterio di colpa omissiva, esprimevano il concetto dicendo che il soggetto in questione deve diligentiam praestare”. Cfr. Cannata, Carlo Augusto, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, Torre, 1996, p. 51. Véase también Cortés, Edgar, *op. cit.*, nota 40, p. 84 y ss.

⁵⁷ Así Voci, Pascual, *op. cit.*, nota 5, p. 41; García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1982, p. 87; Talamanca, Mario, *voz culpa*, *op. cit.*, nota 41, p. 519; Gutiérrez-Alviz, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, 4^o ed., Madrid, Reus, 1995, p. 164 y ss. Desde otra perspectiva se dice que “il concetto di diligentia viene spiegato dai romanisti come l'antitesi della culpa levis la quale consiste, secondo l'opinione corrente, del non usare la diligenza propria dell'uomo regolato e ordinato nell'azienda domestica, cioè il bonus pater familias (...)”. Cfr. Lega, Carlo, *op. cit.*, nota 7, p. 4.

⁵⁸ Así Schipani, Sandro, *Responsabilità 'ex Lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino, Giappichelli, 1969, p. 473; Schipani, Sandro, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 71-72; Robaye, René, “Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation classique de la lex Aquilia”, *RIDA*, núm. 38, 3^a serie, 1991, p. 336. En este mismo sentido Guzmán Brito quien advierte una mayor amplitud del concepto de culpa respecto a la negligencia, señalando que la primera “comprende: (i) la negligencia o falta de cuidado propiamente tal; (ii) la ausencia de conocimientos o destrezas especiales para poder hacer algo, y debidos, de modo que el daño se derive de haberlo hecho sin ellos (*imperitia*); (iii) la elección descuidada de personas puestas a cargo de alguna actividad, por cuyo hecho se produjo el daño; (iv) la creación sin cautelas de una situación de peligro para personas o cosas”. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. II, p. 258.

⁵⁹ Cfr. Talamanca, Mario, “*Colpa...*”, *cit.*, p. 517.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 518.

Pomp. 8 *ad Q. Muc. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.*

No se entiende que el que sufre daño por su culpa sufre daño⁶¹.

Este pasaje, proveniente de los *Comentarios a Quinto Mucio* de Pomponio,⁶² históricamente ha tenido gran importancia, pues en torno a él se elaboró toda la doctrina de la llamada “culpa de la víctima”.⁶³ En efecto, si bien conforme a la Palingenesia su ubicación original estaba en materia de legado,⁶⁴ al ser incorporado en el título de las ‘*Diversas reglas de Derecho antiguo*’ (D.50,17), adquirió un valor universal.

Debido al carácter escueto de la proposición contenida en el pasaje, no resulta posible reconstruir el caso para el que fue dado el parecer del jurista. Debemos, por tanto, conformarnos con su tenor general, esto es: no constituye ‘daño’ (resarcible) el daño que una persona se acarrea *ex culpa sua*.⁶⁵ El jurista usa el vocablo *culpa* para describir la conducta de alguien que con la propia actitud ha acarreado daño a sí mismo, aduciendo la *culpa* para negarle el resarcimiento.

En cuanto a la autoría de la solución contenida en el pasaje, si bien nos ha llegado a través de Pomponio, es dable suponer que ella se remonte a Quinto Mucio, pues en el Digesto encontramos otro pasaje proveniente de la misma obra a la que pertenece el pasaje en cuestión y en el cual se hace uso de la expresión *culpa* para describir la conducta poco precavida de quien sufre un daño, D.13,6,23:

Pomp. 21 *ad Q. Muc. Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.*

Si yo te hubiere dado en comodato un caballo, para que sirvieras de él hasta cierto lugar, si no mediando culpa alguna tuya se hubiera deteriorado el

⁶¹ Vale la pena citar en este punto la traducción realizada por Teixeira de Freitas, pues exalta el elemento de autorresponsabilidad involucrado en el pasaje. Ella dice: “*Dano, quem o sofre por sua culpa, imputá-lo deve a si, não a outrem*” Cfr. Teixeira de Freitas, Augusto, *Regras de direito: (seleção clássica em quatro partes)*, São Paulo, LEJUS, 2000, p. 60.

⁶² Sobre esta obra véase Di Marzo, Salvatore, *Saggi critici sui libri di Pomponio “Ad Quintum Mucium”*, Palermo, Tipografia del Giornale di Sicilia, 1899, especialmente pp. 72 y ss.

⁶³ Véase Medina Alcoz, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 193 y ss.

⁶⁴ Cfr. *Palingenesia*, vol. II, p. 68; Di Marzo, Salvatore, *op. cit.*, nota 62, p. 72.

⁶⁵ Di Marzo, Salvatore, *op. cit.*, nota 62, p. 73. Sustancialmente en el mismo sentido Pacchioni, Giovanni, “*Della cosiddetta compensazione delle colpe*”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1910, Vol VIII, parte II, p. 1032.

caballo en el mismo camino, no quedas obligado por la acción de comodato; porque tendré la culpa yo, que te dí, en comodato para tan largo camino caballo que no pudo resistir aquella fatiga.

En este pasaje *Ego* da un caballo a *Tu* en comodato, a fin que *Tu* lo use para ir a cierta localidad. En el viaje el caballo se deteriora, sin que pueda culparse al comodatario. Por esta razón el jurisconsulto excluye un *teneri ex comodato*. En realidad, explica, es *Ego* quien incurrió *in culpa*, en cuanto dió en comodato un caballo no idóneo para realizar un viaje tan largo.⁶⁶

En ambos pasajes la *culpa* del perjudicado es suficiente para adscribir a su propio patrimonio las consecuencias dañinas de su hecho, por consiguiente, la privación del resarcimiento proviene del hecho que el perjudicado ha actuado con *culpa*.

Dejando firme la proposición anterior, es oportuno preguntarse ¿qué significa que el perjudicado actúe con *culpa*? Gran parte de la doctrina que se ha ocupado de estudiar la culpa sostiene que ésta consiste en la ‘antijuridicidad’ de la conducta. Así, se dice que actúa culposamente quien contraviene un deber jurídico que le imponga un comportamiento diferente.⁶⁷ Consiguientemente, cabe preguntarse ¿cuál es la norma jurídica que impone precaverse del daño, de manera que su contravención es calificada de ‘culpable’? Al no individualizar una norma jurídica en tal sentido, la doctrina concluye que en estos pasajes no se hace referencia a un concepto técnico de *culpa*, sino que se trata de un uso analógico (e impropio) de la expresión.⁶⁸

Sin embargo, una correcta respuesta a la interrogante planteada supone remontarse a los orígenes la *culpa* como criterio de imputación de la respon-

⁶⁶ Véase Di Marzo, Salvatore, *op. cit.*, nota 62, pp. 72 y ss.; Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 45, pp. 199 y ss.

⁶⁷ Así Ferrini, Contardo, “Danni (azione di)”, *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, pp. 18 y ss.; Id, “Illecito (diritto romano e diritto intermedio)”, *Nuovo digesto italiano*, vol. VI, pp. 682 y ss. Esta era también la opinión unánimemente sostenida por la pandectística alemana, sobre el punto (en sentido crítico), véase Schipani, Sandro, *Responsabilità...*, *op. cit.*, nota 58, pp. 1 y ss.

⁶⁸ Tajantemente en este sentido podemos véase la opinión de Venezian, para quien en este pasaje “*pare più evidente che mai, che il termine culpa non corrisponde al concetto che ne dà il diritto contrattuale; verso se stessi e verso le cose proprie, se vi sono doveri morali, nessuno ha pensato mai che si possano essere obblighi giuridici, quindi non si può vedere in questa colpa una mancanza, ma solo il nesso causale fra danno e il fatto o lo stato del danneggiato*”. Cfr. Venezian, Giacomo, *Studi sulle obbligazioni. Parte I Danno e risarcimento fuori dei contratti*, ahora en, *Opere giuridiche*, Roma, ATHENAEUM, 1908, vol. II, p. 307. En este mismo sentido nos dice Betti que aquello que caracteriza el acto ilícito como tal, y por ende la culpa, no es el hecho económico-social de la lesión —o de la exposición al peligro— de determinados intereses, sino el hecho de la violación de un precepto jurídico, y dado que la “culpa de la víctima” no constituye un ilícito, no es culpa propiamente tal. Véase Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 408.

sabilidad. Ella se originó en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, desde donde pasó al ámbito contractual. Empero, el texto de la *lex Aquilia* no habla en ninguna parte de *culpa*, la individualización de este concepto se debe al laborío de la jurisprudencia, que lo empleó para establecer los confines de la responsabilidad aquiliana.⁶⁹

Ahora bien, como ha demostrado Schipani, el término *culpa* encierra una calificación de la conducta, un juicio de valor, pues ella “conserva una unidad con la voz *culpare*, que significa en unos casos ‘inculpar’, en otros ‘reprochar’ y pone en evidencia un dinamismo social, intersubjetivo, dialógico y crítico en relación al sujeto agente”.⁷⁰ De ahí que en la lengua latina hasta fines de la República —época en que se testimonia el comienzo de su utilización técnica por los jurisconsultos— la voz *culpa* se relacionaba con la presentación de un hecho que constituía un *malum*, del cual una persona debía ser reconocida como autora. Además, era necesario que tal persona pudiera comportarse de manera distinta, sin estar impedida por factores externos, que obstaculizaran su actuación. Por último, la *culpa* no se refería sólo a comportamientos intencionales, sino también a la falta de control del propio comportamiento en relación a un modelo que el sujeto debía seguir.⁷¹

En síntesis, en origen la *culpa* no alude a la violación de una norma jurídica, sino a la violación de un modelo de conducta, en cuanto el sujeto concreto no se comporta como lo habría hecho el modelo. Es importante destacar que el concepto de ‘culpa’ así descrito nos viene dado por Paulo —remitiendo precisamente a los dichos Quinto Mucio— en D.9,2,31. En este

⁶⁹ Así, Schipani, Sandro, *Responsabilità... cit.*, nota 58, p. 8; Cannata, Carlo Augusto, “Genesi e vicende della colpa aquiliana”, *Labeo*, núm. 17, 1971, p. 64; Robaye, René, *op. cit.*, nota 58, p. 336.

⁷⁰ Cfr. Schipani, Sandro, *Contributi romanistici... op. cit.*, nota 58, p. 59. Para mayor profundización, véase el análisis en torno al origen y significado de la palabra ‘culpa’, Schipani, Sandro, *Responsabilità... cit.*, nota 58, pp. 91 y ss. Sobre el carácter irrefutable de la tesis de este autor en torno a la concepción originaria de *culpa* y su relación con la causalidad, véase Cannata quien en la recensión de la obra y a propósito de este punto afirma: “*La completezza della documentazione non lascia dubbi sull’esattezza delle conclusioni raggiunte dallo S.*”. Cfr. Cannata, Carlo Augusto, *op. cit.*, nota 69, p. 66.

⁷¹ Cfr. Schipani, Sandro, “El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad”, *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 28. Véase también Id., *Responsabilità... cit.*, nota 58, pp. 130-131; Id., *s.v.* “Culpa”, *Enciclopedia Virgiliana*, vol. I, p. 950; Id., *Contributi romanistici... cit.*, nota 58, p. 7; Cannata, Carlo Augusto, *op. cit.*, nota 69, pp. 68, 78-79; Cardilli, Riccardo; *op. cit.*, nota 45, pp. 223 y ss.; Cardilli, Riccardo, “Il ruolo della ‘dottrina’ nella elaborazione del ‘sistema’: l’esempio della ‘responsabilità contrattuale’”, *Roma e America*, núm.1, 1996, p. 80.

pasaje Paulo (Quinto Mucio) no hace referencia a la *culpa* como conducta antijurídica, sino como conducta ‘imprudente’, no adecuada al modelo que debe ser seguido, incluso cuando se realizan actividades en el propio fundo.⁷² En efecto, aquí la *culpa* consiste en “no haber proveído a aquello que una persona diligente habría podido proveer, o haber proveído demasiado tarde”,⁷³ cuando el peligro ya no podía ser esquivado. Al efecto resulta bastante gráfica la traducción que García del Corral ofrece de D.9,2,31, según ésta: “hay culpa, porque habiéndose podido avisar por persona diligente, no se avisó, o se avisó cuando no podía evitarse el peligro (...)”.⁷⁴

Por lo tanto, es dable concluir que cuando Pomponio, o mejor dicho Quinto Mucio, hace referencia a la ‘*culpa sua*’ no se refiere a la violación de una norma jurídica, pero tampoco se trata de un uso analógico del concepto, él corresponde exactamente al significado que en ese entonces se manejaba de la expresión. En síntesis, el jurista quería decir: no hay lugar al resarcimiento del daño sufrido por “*culpa propia*”,⁷⁵ en el sentido que es reprochable la actitud de quien, pudiendo hacerlo, no observó la conducta que el ‘buen padre de familia’ habría observado en esas mismas circunstancias. “*Culpa sua* indica aquí, al igual que en otros casos, el nexo de causalidad o de atribución jurídica que une un evento dañoso o lesivo en general a la acción u omisión de un sujeto determinado”.⁷⁶ Pero, a diferencia de lo que pretenden algunos autores,⁷⁷ no se trata de una causa cualquiera, sino de una causa mediante conducta reprochable respecto a

⁷² Sobre el punto véase Schipani, Sandro, *Contributi romanistici...*, cit., nota 58, p. 80.

⁷³ Según este pasaje “para Quinto Mucio existe culpa en no haber previsto, es decir, no haber adoptado aquella cautela que podía ser adoptada (*provideo* en latín puede significar tanto ‘prover’ como ‘prever’, y fue usado al principio en la primera acepción y después interpretado, también, en la segunda), o haber avisado el peligro cuando el peligro no podía más ser evitado”. Cfr. Schipani, Sandro, *El sistema romano de la responsabilidad...*, cit., nota 71, p. 26. Sobre que la correcta inteligencia de la palabra *provideo* en este pasaje sea ‘prover’ y no ‘prever’ como entienden algunos autores, véase Schipani, Sandro, *Responsabilità ‘ex Lege Aquilia’...*, cit., nota 58, pp. 145 y ss.; Id., *Contributi romanistici...*, cit., nota 58, pp. 77 y ss.

⁷⁴ Cfr. D.9,2,31 en versión castellana de Idelfonso García del Corral.

⁷⁵ Esta expresión corresponde a Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 411.

⁷⁶ Cfr. León González, José María, “Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños. (Especial consideración de la culpa de la víctima)”, en Alfonso Murillo Villar (coord.), *Actas del Congreso Interamericano y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, Servicio de publicaciones Universidad de Burgos, 2001, p. 25.

⁷⁷ Así Venezian, Giacomo, *op. cit.*, nota 68, pp. 307 y ss.

un modelo —real o supuesto— de conducta alternativa,⁷⁸ que el sujeto tenía la posibilidad de observar.⁷⁹

VII. CONCLUSIÓN

En Roma, la diligencia constituía un valor y, como tal, era exigible no sólo respecto de los demás, sino también respecto de sí mismo. El *bonus vir* estaba llamado a ser diligente en los propios asuntos y a emplear en los asuntos ajenos de que se encargaba esa misma diligencia. Este valor social tenía también una dimensión jurídica. Tratándose de la diligencia para con los demás, su dimensión jurídica se traducía en la existencia de deberes de diligencia, exigibles indirectamente a través de la imposición de la responsabilidad por los daños que su inobservancia causara. Tratándose de la diligencia consigo mismo, ella daba lugar a una carga, no a un deber. Esta circunstancia significaba que el sujeto no podía ser constreñido, directa o indirectamente, a ser diligente, pero su falta de diligencia tenía algunas consecuencias jurídicas, en particular, lo privaba de la posibilidad de obtener una indemnización por el daño sufrido a raíz de esa negligencia, pues, en tal caso, se consideraba que el daño había sido sufrido “*ex culpa sua*”.

En síntesis, en Roma existía una carga de diligencia consigo mismo, cuya infracción, por constituir una actitud reprochable, constituía *culpa*, en este sentido los juristas romanos hablaban de *culpa sua*. La consecuencia práctica de esta culpa consistía en que era el mismo sujeto quien debía pechar con las consecuencias de su actuar, sin que pudiera traspasar ese costo a un tercero, en palabras de la dogmática civil moderna: daba lugar a *autorresponsabilidad*. Así lo refleja el pensamiento de Sabino contenido en D.50,17,203 y D.13,6,23.

⁷⁸ En este punto cabe recalcar que la culpa no se configuró como un estado psicológico, no se trataba de un “estado de ánimo”, como sostienen quienes interpretan *provideo* en el sentido de prever, sino de un comportamiento objetivamente contrario a la conducta que, conforme al modelo, el sujeto debía haber mantenido. En este sentido se ha dicho: “*Negligence is the contrary of diligence, and no one describes diligence as a state of mind*”, véase Lawson, Frederick Henry, *Negligence in the Civil Law*, reimpresión de la edición de 1955, Oxford, Latimer, Trend & Co. Ltd., 1962, p. 40.

⁷⁹ Esa era precisamente la relación que existía entre ‘culpa’ y causalidad. Véase Cannata, Carlo Augusto, *Genesi e vicende della colpa aquiliana...*, *cit.*, nota 69, p. 66.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR LOS HECHOS ILÍCITOS OCASIONADOS POR SUS HIJOS

Mariana Verónica SCONDA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield: el originario artículo 1114.* III. *Reformas introducidas por las leyes 23.264 y 24.830.* IV. *Proyectos de reformas.* V. *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.* VI. *Legislación comparada.* VII. *Responsabilidad civil de los padres por los daños ocasionados por sus filii: origen romanístico.* VIII. *Acciones adiecticiae qualitatibus.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado: “Una mirada romanista al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” (D-001), bajo la dirección de la Profesora Mirta Beatriz Álvarez; con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores-Argentina.

El derogado Código Civil Argentino de Vélez Sársfield legisló sobre la responsabilidad refleja o indirecta en los artículos 1113 a 1123, siguiendo de esta manera la inspiración del Código Francés (artículo 1384), de los Códigos de Luisiana (artículo 2299), de Nápoles (artículo 1388), Sardo (artículo 1502) Holandés (artículo 1403) y del Proyecto de Código Civil Español de García Goyena (artículo 1901). Por lo que en el artículo 1113 se plasmó la responsabilidad por el hecho de otro en los casos que la ley autorizaba

* Abogada- profesora adjunta de derecho romano de las facultades de derecho de las universidades de Buenos Aires, de Flores y Católica de Salta, (Argentina), integrante como investigadora formada del Proyecto de Investigación “Una mirada romanista a al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” (D-001).

al damnificado a reclamar a quien, sin haber realizado el acto que causaba daño debía indemnizarlo, debido a su vinculación con el victimario, es decir, que hacía referencia a la relación de dependencia genérica. Luego contemplaba algunas situaciones de dependencia en particular, como en los artículos 1114 a 1116 en donde los padres, debían responder por los daños causados por sus hijos menores que convivían con ellos; y el artículo 1117 expresaba que los tutores, curadores, directores de colegios, maestros, eran responsables por los actos dañosos de sus incapaces, alumnos y aprendices.¹

En la actualidad, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1753 establece una norma genérica en donde legisla sobre la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes y regula de manera específica sobre la responsabilidad parental en los artículos 1754 a 1756. En el artículo 1754 se establece la responsabilidad solidaria de los padres por los daños causados por los hijos menores que habiten con ellos; el artículo 1755: legisla sobre la cesación de la responsabilidad paterna, y el artículo 1756 trata sobre los delegados: tutores y curadores en ejercicio de la responsabilidad parental, ya que responden por el daño causados por quienes están a su cargo.²

En Roma, la regla general por la cual sólo *el paterfamilias* podía obligarse comprometiendo todo el patrimonio familiar y por ende no respondía por las obligaciones contraídas por los *alieni iuris*, se fue modificando, ya que los *fili* y los esclavos comenzaron a participar en los negocios del *pater*. El pretor se vio en la necesidad de crear acciones, las cuales modificaron la regla inicial ya que los terceros contratantes podían por medio de las mismas ir contra el *paterfamilias* haciendo que responda a veces plenamente, es decir, por el todo y otras en forma limitada. Además los *patres* o amos respondían por los actos ilícitos cometidos por sus *filius* o sus esclavos.

II. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE VÉLEZ SARSFIELD: EL ORIGINARIO ARTÍCULO 1114

El artículo 1384 del Código Civil Francés, a través de la obra de Aubry y Rau y del Proyecto de García Goyena, sirvió de modelo a Vélez Sarsfield para re-

¹ Llambias, J., *Tratado de derecho civil: obligaciones*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2005, t. IV-A, p. 218. En concordancia Alterini, A., Ameal, O. López Cabana, R., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 692.

² *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2014, pp. 306 y ss.

dactar los artículos 1114 a 1116 de nuestro Código Civil. La responsabilidad de los padres rigió sin modificaciones hasta 1985.³

El primitivo artículo 1114 disponía que “el padre y, por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean legítimos o naturales”.⁴ La norma disponía con claridad la responsabilidad singular de uno u otro de los padres, no conjunta de ambos. Ellos eran obligados alternativamente, no acumulativamente. Esto era consecuencia del ejercicio de la patria potestad que era unipersonal: según la definía la ley 10.903 al sustituir el artículo 264 en su párrafo segundo que disponía que: “el ejercicio de la patria potestad de los hijos legítimos correspondía al padre; en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho a ejercerla, a la madre”. Empero, no había estricta correspondencia, sino relativa, entre responsabilidad y ejercicio de la patria potestad, pues, en algunas situaciones se consideraba que la responsabilidad se desplazaba hacia la madre pese a no haber variante en

³ Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2011, t. IV, pp. 963 y ss (en especial p. 972). “La responsabilidad del *pater* por los daños causados por sus *filius* no puede parangonarse con la responsabilidad por el hecho ajeno de las legislaciones positivas modernas, al punto que era una responsabilidad más “real” que “personal”, puesto que la obligación del padre se cumplía, haciendo abandono del hijo y dejándolo en poder del ofendido”. Reyna opina que “si bien existe algún parecido con la responsabilidad actual, la responsabilidad del padre en Roma era sólo un efecto eventual de la acción noxal. Consideran que la responsabilidad del *pater* era ilusoria, dadas las dificultades que se presentaban al reclamo judicial en su contra. Ya que un acreedor de una indemnización por un daño provocado por un *filius* no estuvo en condiciones reales de demandar judicialmente al *pater* y obtener una condena dineraria contra éste, si el mismo no ofrecía el pago en reemplazo del abandono de su hijo”. “Además Justiniano abolió el abandono noxal de los hijos, por lo que los padres dejaron de responder por los actos ilícitos de los hijos.” Llambías, J., *op. cit.*, pp. 291 y ss. Algunos civilistas consideran que el artículo 1114 del Código Civil Argentino no tiene su fundamento en el derecho romano ya que “la responsabilidad de los padres por los daños que causan sus hijos no fue concebida por él y tampoco por la antigua legislación española, y reconocen como antecedente a la Costumbre Breñaña, el artículo 656 decía:” Si el hijo daña injustamente a otro, mientras está bajo el poder de su padre, el padre debe pagar la multa civil, por aquello de que él debe castigar a sus hijos”, algunos autores sostienen que los redactores del Código de Napoleón se inspiraron en este artículo para la redacción del artículo 1384 que dispone: “Se es responsable, no solamente del daño que se causa por el propio hecho, sino también del que es causado por el hecho de las personas por las que debe responderse o por las cosas que se tienen bajo guardia. El padre, y la madre luego del deceso del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos... La responsabilidad de ellos queda comprometida a menos que el padre y madre, el director y artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad”.

⁴ Borda, G., *Tratado de derecho civil: obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1998, t. II, p. 249.

cuanto al ejercicio de la patria potestad. La ley indicaba como causas de desplazamiento, la muerte, la ausencia o la incapacidad del padre.⁵

Los padres eran responsables de los hijos legítimos como de los naturales. Con respecto a éstos últimos la situación de los progenitores en relación a ellos no era muy clara, una parte de la doctrina sostenía que los padres naturales tenían el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, y la otra les negaba el ejercicio de la misma. Pero posteriormente, con la reforma del artículo 264 *in fine* por la ley 10.903, dispuso que el ejercicio de la patria potestad se debía acordar expresamente a la madre, o al padre o madre que reconocía al hijo natural o que era declarado como tal, este principio de asimilación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales concordó con el artículo 328 del Código Civil. Los hijos adoptivos ya sean por adopción plena o simple eran equiparados a la situación del hijo legítimo. En cuanto al caso de hijos adulterinos e incestuosos, no estaban enumerados en el texto de la ley, y como se trataba de una disposición de interpretación restrictiva, no se aplicaba la norma, sin perjuicio de la responsabilidad que podía incumbirles en su carácter de tutores o guardadores (artículo 1117).⁶

Existía en el Código de Vélez una contraposición entre los artículos 273 y 1114. El artículo 273 del Código Civil establecía que “los padres respondían por los daños que causaran los hijos menores de diez años, que habiten con ellos”, en cambio en el artículo 1114 del Código Civil hablaba simplemente de menores, y no dejaba en claro cuando respondía personalmente el menor y cuando no lo hacía. La cuestión a esclarecer para comprender el sistema legal era la de saber si ambos preceptos tenían el mismo ámbito de vigencia, es decir, si se aplicaban a los hechos obrados por los mismos hijos, o si se contemplaban hechos de distintos incapaces. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia se ha expresado de diferentes maneras:

⁵ Llambías, J., *Código Civil anotado. Doctrina y jurisprudencia. Artículos 896 a 1136*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, t. II- B, p. 496. Salvat, R., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958, t. IV, pp. 157 y ss. “La responsabilidad emergente de esta disposición recaía sobre el padre, por lo que esta norma era coherente con el sistema del Código Civil que atribuía el ejercicio de la patria potestad al padre, y sólo pasaba a la madre en caso de muerte o pérdida de ella o del derecho de ejercerla del primero (artículo 264 reformado por la ley 10.903). Con lo cual la madre era responsable por muerte del padre, por ausencia o incapacidad”. Borda, G., *op. cit.*, p. 249.

⁶ Salvat, R., *op. cit.*, p. 158. Llambías, J., *Código Civil anotado...*, *cit.*, pp. 498. “La asimilación con los progenitores legítimos no era absoluta porque el padre extramatrimonial carecía de prioridad para el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo, a menos que el reconocimiento de ambos progenitores haya sido simultáneo y ellos vivieran en común. En los demás casos la responsabilidad paterna recaía sobre el padre o madre que ejercía la patria potestad, en iguales condiciones a las que regían para los padres legítimos.”

A) La primera tesis expuesta por Segovia y compartida por escasos autores como Llerena y Machado, sostenía que los artículos 213 y 1114 del Código Civil tenían el mismo alcance y se referían a los daños injustos ocasionados por los niños que no habían cumplido 10 años, por lo que los padres eran responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de 10 años, y los mayores a esa edad tenían una responsabilidad directa, no siendo responsables los padres. De esta manera el artículo 1114 estaba subordinado a lo que establecía el artículo 273 del Código Civil.

B) Una segunda postura profesada por varios autores reservaba a cada artículo un ámbito propio, sin superposición entre ellos. El artículo 273 se refería a la responsabilidad personal de los padres por los daños obrados por los menores de 10 años, que debían responder con sus bienes propios sin posibilidad de entablar la acción de repetición contra los bienes de sus hijos en el supuesto de que éstos los tuviesen. En cambio, el artículo 1114 contemplaba los actos culpables de los menores de más de 10 años que originaban una doble responsabilidad, la directa y personal del autor del hecho, y la refleja o subsidiaria de los padres, que podían ser demandados por los perjudicados y debían responder con sus bienes pero tenían una acción de repetición contra los bienes de sus hijos ya que siendo mayores de 10 años, habían podido darse cuenta del acto que realizaban.

C) La tercera tesis sostenía que los artículos 1114 y siguientes eran aplicables a los hijos menores de cualquier edad, puesto que la letra de la ley no hace distinción, ni tampoco la hacían los textos en que se inspiró el codificador. Por consiguiente, estos artículos eran ampliatorios de la responsabilidad de los padres. Para admitir la existencia de esa responsabilidad no era necesario apelar a la distinción entre responsabilidad personal propia y responsabilidad subsidiaria respecto a los hijos, se trataba de las relaciones con el damnificado por el acto ilícito, por lo tanto la responsabilidad de los padres debía ser admitida mientras los hijos eran menores, sin perjuicio de la acción de repetición que podía competirle a aquéllos. El artículo 273 no tenía el sentido de sentar una norma de responsabilidad frente al damnificado, sino de reglar la relación jurídica que se establecía entre el padre e hijo, cuando éste, menor de 10 años, causaba un daño; pero no la que surgía del mismo hecho entre la víctima.⁷

⁷ Llambías, J., *Tratado de derecho civil...*, cit., pp. 293 y ss. Salvat, R., *op. cit.*, p. 159. Mosset Iturraspe, J., D'Antonio, D. y Novelino, N., *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Rubinzal- Culzoni, 1998, pp. 33 y ss. Zannoni, E., *Derecho civil: derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998, t. II, pp. 765 y ss. "Tradicionalmente esta responsabilidad se consideró como una necesaria consecuencia del deber de guarda que pesa sobre los padres". "La doctrina y jurisprudencia mayoritarias reputaron que el artículo 273 del Código Civil consagraba la

III. REFORMAS INTRODUCIDAS POR LAS LEYES 23.264 Y 24.830

Con la sanción de la ley 23.264 de patria potestad compartida, reformó el texto del artículo 1114 y derogó el artículo 273 del Código Civil, lo que implicó una sustancial modificación a la sistemática de la regulación de este tópico que había hecho nuestro codificador.

El reformado artículo 1114 del Código Civil disponía:

El padre y la madre son solidariamente responsables por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.

Además la ley 24.830 agregó a este artículo otro párrafo que expresaba: “Lo establecido sobre los padres rige respecto sobre los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo”. El ejercicio de la patria potestad es conjunto entre el padre y la madre que convivan, sea en una unión matrimonial o en un simple concubinato (artículo 264, ref. por ley 23.264), por consiguiente la responsabilidad recae por igual en ambos progenitores. Y además le asegura a la víctima la reparación del daño sufrido atribuyendo a los padres una responsabilidad solidaria.

La responsabilidad de los padres se fundaba en la culpa que estos incurrieran al faltar al deber de vigilancia. Sin embargo, otra doctrina había entendido que la responsabilidad paterna se basaba en la culpa en la educación de los hijos. Una tercera posición basaba esa responsabilidad en ambas teorías, es decir, en la culpa en la vigilancia y en educación. También, opiniones más modernas, habían postulado como fundamento objetivo de esta responsabilidad: la tesis de la garantía, la del riesgo creado, la de la equidad, como cimientos de la responsabilidad paterna. En el derecho moderno la responsabilidad parental tiende a fundarse no en el deber de vigilancia, en

responsabilidad directa y personal de los padres por los daños ocasionados por los menores de 10 años, en razón de que carecen de discernimiento según los términos del artículo 921 del Código Civil. En tanto, que el artículo 1114 establecía la responsabilidad indirecta o refleja de los padres por los daños que causan los hijos mayores de 10 años, sin perjuicio de responsabilidad propia del menor”.

la culpa *in vigilando*, sino en la relación de paternidad y la necesidad de no dejar desamparada a la víctima de un hecho ilícito.⁸

Con el dictado de la ley 26.618 del matrimonio civil o llamada también ley de matrimonio igualitario, si bien esa norma no modificó el artículo 1114 del Código Civil de Vélez, ni estableció contenido alguno en materia de responsabilidad de los padres, el sólo hecho de que puedan existir dos madres o dos padres de un menor, tornó aplicables los aspectos normativos sobre responsabilidad por los hechos ilícitos de sus hijos menores antes mencionados para los matrimonios de personas de un mismo sexo.⁹

Para que exista la responsabilidad paterna era necesario que se cumplan los siguientes requisitos: 1) Que el hijo fuera menor de edad: si el daño era producido por un menor de 10 años los únicos responsables directos eran los padres, ya que dicho menor carecía de discernimiento. En cambio, si el menor era mayor de 10 años, debían responder en forma directa, y los padres eran responsables de manera indirecta o refleja.¹⁰ 2) Que los hijos estuvieran bajo la patria potestad de los progenitores. 3) Que habitaran con ellos, era una condición *sine qua non* la convivencia. 4) Que el hecho realizado por el menor fuera ilícito. Los padres eran responsables por los actos ilícitos de los menores que cumplieron de 10 años, si se demostraba dolo o culpa de los mismos al obrar. 5) La producción del daño a un tercero. 6) Que existiera la relación causal entre el daño y el hecho ilícito.¹¹

La responsabilidad de los padres cesaba: 1) Si el hijo era colocado en un establecimiento de cualquier clase y se encontraba de manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, artículo 1115 del Código Civil, tal era el caso cuando ingresaba en un colegio o en un taller en calidad de aprendiz. Para algunos bastaba excluir la responsabilidad paterna por el alejamiento del menor del hogar basado en un motivo legítimo, ya fuera por estudios o descanso en casa de otros parientes, se confiaba al menor a

⁸ Cifuentes, S., y Sagarna, F., *Código Civil: comentado y anotado. Artículos 801 a 1136*. Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, III, p. 777. Borda, G., *op. cit.*, pp. 249 y ss. “La responsabilidad de los padres se funda en la culpa *in vigilando*. Los padres tienen el deber de vigilar y de educar a sus hijos; y este deber no sólo existe en las relaciones paterno-filiales, sino respecto a terceros. Frente a éstos, los padres son responsables de toda omisión en el cabal desempeño de la patria potestad.” Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 972 y ss.

⁹ Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 988 y ss.

¹⁰ Cifuentes, S., y Sagarna, F., *op. cit.*, p. 777. “La ley 26.579 redujo la edad para alcanzar la mayoría de edad: es requisito esencial que el hijo, agente dañoso sea menor de edad, por lo que se responde hasta los 18 años de edad del hijo.” Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 777 y ss.

¹¹ Borda, G., *op. cit.*, pp. 251 y ss. Llambías, J., *op. cit.*, pp. 317 y ss. Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 777 y ss. Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R., *op. cit.*, pp. 697.

personas aptas y eficientes. En cambio, otros opinaban que no bastaba que el alejamiento obedeciese a un motivo legítimo, además, era preciso que la responsabilidad se transfiriera a alguna de las personas legalmente responsables conforme a los artículos 1113 y 1117 del Código Civil, es decir, cuando el incapaz revestía la calidad de dependiente, alumno o aprendiz de otra persona. 2) Cuando los padres probaban que les había sido imposible impedir los hechos de sus hijos, artículo 1116 del Código Civil. Una interpretación benévola para los padres llevaba a la conclusión de que la simple ausencia de ellos del lugar que aconteció el hecho, era suficiente para eximirlos de responsabilidad, pero el sentido de nuestra ley era otro, ya que el 2º párrafo de dicho artículo aclaraba que esta imposibilidad no resultaba de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciere que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos. La ausencia de los padres no siempre demostraba que no había culpa *in vigilando* de su parte, pues se suponía que debieron tomar todas las precauciones necesarias para evitar el hecho dañoso. El padre más prudente y precavido, a pesar de haber dado a sus hijos una educación óptima, no podía impedir los hechos imprevisibles de sus hijos menores durante sus inevitables ausencias provocadas en razón de sus actividades. Pero la ley protegía al tercero damnificado para que tuviese a una persona solvente a quien podía dirigir su reclamo, por ello, se presumía la culpa de los padres aun durante sus accidentales ausencias. Esta presunción de culpa en contra del padre de un menor que causó un daño era sólo *iuris tantum* y admitía prueba en contra. La prueba de las eximentes era apreciada estrictamente.¹²

Existían además supuestos especiales por los cuales el padre no respondía por los daños causados por los hijos menores: 1) El menor emancipado por matrimonio (artículos 128, 131, 133 y 306 inciso 4º del Cc.), carecía de importancia si el menor había contraído matrimonio sin la autorización paterna necesaria, la única consecuencia era privarlo del goce y administración de sus bienes. La emancipación de los menores por habilitación de edad fue dejada sin efecto por la reforma introducida por la ley 26.579. 2) La emancipación comercial de los menores no incidía sobre la responsabilidad paterna, ya que mantenían el ejercicio de la patria potestad. En caso de que el hecho ilícito fue cometido en relación a la actividad comercial autorizada a ejercer, la cuestión era controvertida, pero la mayoría se incli-

¹² Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 1041 y ss. “Como se sostiene un fundamento subjetivo para este tipo de responsabilidad, los padres de un menor responden por el hecho ilícito cometido por éste, a mérito de las presunciones *iuris tantum* de falta de vigilancia o defectos de educación.” Borda, G., *op. cit.*, pp. 255 y ss. Cifuentes, S., y Sagarna, F., *op. cit.*, p. 778. Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R., *op. cit.*, pp. 696 y ss.

naba por la negativa, ya que desde que el menor se encontraba emancipado comercialmente, escapaba al poder y vigilancia de sus padres. Análoga era la situación de los menores que habían cumplido 18 años o que poseían un título habilitante para ejercer una profesión. 4) Menores de 17 años autorizados administrativamente para conducir automotores y les daban carnet. Existían dos posiciones enfrentadas, para la primera de ellas, la habilitación para conducir, no podía ser evitada por el padre por constituir un derecho que el hijo podía ejercer frente al Estado, liberando así al progenitor. La otra postura sostenía que se mantenía la responsabilidad de los padres hasta la mayoría de edad de los hijos, restando eficacia liberatoria a la autorización estatal para conducir. 5) Tampoco había responsabilidad si un progenitor era incapaz o había sido privado de la patria potestad (artículos 264 inciso 3° y 310 del Cc.), por lo que recaía en el otro progenitor. 6) En caso de separación personal, de hecho, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, era responsable quien tuviere la tenencia al momento del hecho dañoso causado por los hijos menores, salvo que estos perjuicios se ocasionaran estando el menor al cuidado del otro progenitor (artículos 264 inciso 2° y 1114 primer párrafo *in fine* del Cc.). Por consiguiente, cesaba la responsabilidad solidaria en el caso de que los padres no convivían y se le atribuía la responsabilidad al que ejercía la tenencia del menor. Si bien el artículo 1114 del Cc. no hacía referencia expresa a la ausencia del padre como causal de exclusión de responsabilidad, se interpretaba que la misma era una causal exoneratoria, ya que ausente no podía convivir con su cónyuge. 8) Si el daño era cometido en defensa propia por el menor o por culpa de la víctima, no había responsabilidad parental. (artículo 1111 del Cc.).¹³

La responsabilidad paterna no podía extenderse por analogía a otras personas que tenían a su cargo el cuidado o vigilancia del menor, a menos que se les hubiera discernido la tutela. Las responsabilidades reflejas eran de interpretación estricta y no se las podía hacer recaer sobre personas distintas a quienes la ley expresamente señalaba. La circunstancia de que los padres respondían en su calidad de tales por los daños ocasionados por sus hijos, no excluía la posibilidad de que también era responsable en su carácter de principal. Si el hijo trabajaba para su padre o, si se encontraba respecto de él en una relación de dependencia.¹⁴

¹³ Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 1008 y ss. Borda, G., *op. cit.*, pp. 251 y ss. Cifuentes, S., y Sagarna, F., *op. cit.*, pp. 778 y ss.

¹⁴ Borda, G., *op. cit.*, pp. 254 y ss. “La cuestión tiene desde el punto de vista del tercero damnificado, porque en tal caso el padre no puede excusarse alegando que el menor no vive con él o que le fue imposible impedir el daño o que ha sido privado de la patria potestad o de la guarda.”

Aunque el Código no lo decía expresamente, por aplicación de los principios generales sobre la responsabilidad por el hecho propio (artículo 1109. C.Civ.), el damnificado podía también dirigir su acción contra el autor material del hecho dañosos, prescindiendo del tercero civilmente responsable. Luego de la reforma efectuada por la ley 17.711, el agregado introducido al artículo 907 del Cc., permitió demandar por daños y perjuicios aun a personas que no hubieran tenido discernimiento, al tiempo de cometer el ilícito dañoso. No obstante ello, conceder o no la reparación, y en qué medida, era una atribución conferida al libre arbitrio del juez, quien podía disponer fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima. Pero una postura afirmaba que cuando el hijo tenía menos de 10 años, el único responsable, y a título personal, era el padre, ya que no se podía obligar al resarcimiento al autor inconsciente del daño por carecer de discernimiento. (artículos 900 y 921 del Cc.). Cuando se trataba de un menor de más de 10 años, lo establecía expresamente el artículo 1114 del Cc. introducido por la reforma de la ley 23.264, el damnificado tenía ante sí dos responsables: a aquél por su propio hecho ilícito y al padre por su responsabilidad refleja; pudiendo accionar indistintamente contra uno u otro, o hacerlo conjuntamente contra ambos.¹⁵

No existía en nuestra legislación ninguna norma expresa que establecía que los padres puedan reclamar a los hijos la repetición del resarcimiento que hubieran debido afrontar por un hecho ilícito suyo, pero parecía de evidente aplicación analógica el artículo 1123 del Cc. que disponía que quien paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia. Debemos aclarar que la acción de regreso no era procedente cuando el hecho hubiese sido causado por un menor de 10 años, ya que carecía de discernimiento (artículo 921 del Cc.), por lo que el hecho que se realizaba debía juzgarse involuntario, no pudiendo engendrar en consecuencia obligación futura (artículos 897, 900, 1076 Cc.), ni tampoco una acción de regreso. Empero, estos menores debían contribuir al pago de la indemnización en la medida en que se hubieren enriquecido con el hecho ilícito. (artículo 907 Cc.).¹⁶

¹⁵ Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 1066 y ss. “La responsabilidad del padre y de su hijo menor de más de 10 años no es solidaria, ya que el primero no es coautor del ilícito. Se trata en cambio de obligaciones *in solidum* o concurrentes en las que dos o más personas adeudan idéntica prestación al mismo o mismos acreedores, aunque el débito de cada uno de los obligados tenga distinta causa fuente.”

¹⁶ *Ibidem*, p. 1068. Borda, G., *op. cit.*, p. 258.

IV. PROYECTOS DE REFORMAS

Algunas de las reformas proyectadas para el Código Civil fueron: 1) *El Anteproyecto de 1929*, obra del Jurista Antonio Bibiloni, que no alteraba el sistema de Vélez; se limitaba a proponer la supresión del artículo 273 por ser una mera repetición del artículo 1114. 2) *La Comisión Redactora del Proyecto de 1936*, siguió de cerca *El Anteproyecto* de Bibiloni, y avanzó en cuestiones de la responsabilidad de los padres separados, o frente a hijos extramatrimoniales, además en el tema de los menores abandonados reiteró que la responsabilidad de los padres “cesa cuando demostraren que no pudieron prevenir el daño...” 3) *El Anteproyecto de 1954*, obra del profesor Llambías, dedicaba al tema un solo artículo, el 1083:

los padre, tutores y curadores son responsables de los daños causados por los incapaces confiados a su guarda, que habiten con ellos. Cuando los incapaces fuesen puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, la responsabilidad pasará a ésta. No habrá lugar a la responsabilidad prevista en este artículo si se probase la imposibilidad en que se hubiese estado para impedir el hecho dañoso. La carencia de discernimiento del autor del hecho no excusa la responsabilidad.

La eximente única corrigiendo al artículo 1116, era la imposibilidad, no bastando con pruebas de educación o vigilancia; no obstante la expresión era amplia e involucraba pluralidad de situaciones discutibles. 4) *El Proyecto de Código Civil de 1987*, (luego ley vetada), no trataba la cuestión, proponía reformas a los artículos 1113 y 1118, antes y después, pero dejó incólumes los textos que nos preocupan. 5) *El Proyecto de la Comisión de Diputados de 1992*, no se preocupó del tema al igual que el de 1987, 6) *El Proyecto de la Comisión del Ejecutivo*, Decreto 468/92, se ocupó con algún detalle del tema, declaró en el artículo 1584 que “los padres son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores no emancipados que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los hijos que tuvieren discernimiento, los padres no se liberan si la no convivencia con el menor obedece a una causal que le es imputable”.

Además en los artículos siguientes determinó que

la responsabilidad de los padres se traslada a la persona bajo cuya vigilancia el hijo ha sido puesto, ya sea de manera transitoria o permanente (artículo 1585).

Y no responden por los daños causados por los hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento contractual de los mismos. (artículo 1586).

Lo establecido para los padres rige respecto a tutores, curadores y establecimientos que acepten tener a cargo a sujetos potencialmente peligrosos y maestros artesanos, por los hechos de las personas que están bajo su vigilancia. Se podrán liberar de responder si acreditan que les fue imposible evitar el daño, pero tal imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia (artículo 1587).¹⁷

V. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

El Nuevo Código Civil y Comercial trata en el libro III de los “Derechos Personales”, en el título V de las “Otras Fuentes de las Obligaciones”, en el capítulo I sobre la “Responsabilidad Civil”, en la Sección VI sobre la “Responsabilidad por el hecho de terceros”, las disposiciones que legislan sobre la materia en cuestión. Así encontramos el artículo 1753 que trata en general sobre la responsabilidad por el hecho del dependiente, y plasma la doctrina que estamos ante un factor de atribución objetivo (deber de garantía), en la necesidad de garantizar a los terceros por la acción dañosa de las personas que actúan en el interés de otro.¹⁸

El artículo 1754 legisla sobre los hechos de los hijos y dispone que: “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.”

De esta manera, simplifica la redacción, se refiere a los padres (no padre y madre), no se utiliza la palabra “menor” o menores a secas, y sólo excepcionalmente en este Nuevo Código se hace referencia a la persona “menor de edad” en los artículos 25, 26, 27, 30, 1755. En el antiguo Código de Vélez se establecía en el artículo 921 que los actos ilícitos practicados por menores de 10 años eran hechos sin discernimiento, por consiguiente involuntarios. En cambio ahora, lo determinante es que estén bajo la responsabilidad parental

¹⁷ Mosset Iturraspe, J., D’Antonio, D. y Novelino, N., *op. cit.*, pp. 31 y ss.

¹⁸ Bueres, A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, t. II, p. 182.

y mantiene “que habiten con ellos”, sino no podrían ejercer la vigilancia. No se elimina la responsabilidad personal y concurrente de los hijos. El artículo 1755, sobre la cesación de la responsabilidad paterna dispone que:

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. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que le es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales validamente contraídas por sus hijos.

Se establece expresamente que nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva. Determina como causales de exoneración de responsabilidad, cuando el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona de manera transitoria o permanente, (pero no cesa en el caso del artículo 643 cuando se delega el ejercicio de la responsabilidad parental); por los daños causados en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de sus funciones; o por incumplimientos contractuales por parte de los hijos. Finalmente el artículo 1756, sobre otras personas encargadas expresa que:

Los delegados en ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo a personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.

Las personas encargadas o delegados como los tutores y curadores, tienen idéntica responsabilidad como los padres. Se liberan cuando acreditan que les ha sido imposible evitar el daño. El último párrafo de este artículo establece la responsabilidad por negligencia de los establecimientos como hospitales, sanatorios, asilos, geriátricos, etc., por los daños ocasionados a personas internadas.¹⁹

¹⁹ *Ibidem*, pp. 183 y ss. *Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012, pp. 341 y ss., 596 y ss., 690 y ss. “La regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño,

VI. LEGISLACIÓN COMPARADA

1. *Los Códigos Latinoamericanos*

Siguen los lineamientos del Código Civil Francés, en su versión original, consagrando una responsabilidad paternal subjetiva, con base en la culpa, tanto *in vigilando* como *in educando* y, admitiendo por tanto, supuestos de liberación cuando los padres no han podido evitar el daño.

A. *El Código Civil de Uruguay*

Expresa en el artículo 1324:

Hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por el hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su

en el artículo 5, para que pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad, y solidaridad. 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», denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra «potestad», de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la *potestas* del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo «responsabilidad» implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores 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 en el Reglamento del Consejo Europeo, n° 2201/03 del 27/03/03, 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 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.» En los fundamentos del *Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, se expone que la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la patria potestad que habitan con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos. Se receptan disposiciones previstas en los artículos 1658 y cc. del *Proyecto* de 1998. En el artículo 1587 del *Proyecto* de 1993 del P.E.N., se incluía como eximente la prueba de la imposibilidad de evitar el daño, que se eliminó en el *Proyecto* de 1998. Si la responsabilidad paterna es objetiva, sería contradictorio que puedan probar los progenitores que aún habiendo colocado la máxima diligencia el hecho haya ocurrido, ya que precisamente la vigilancia es lo que debe primar. Es decir, los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho damnificado, del tercero o el caso fortuito.”

dependencia o por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía... La responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Se complementa esto con el artículo 1320: “No son capaces de delitos o cuasidelitos los menores de 10 años, ni los dementes; pero serán responsables del daño causado por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia” y el artículo 1326: “Las personas obligadas a la reparación del daño causado por las que de ellas dependen, tienen derecho a ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden ni conocimiento de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito según el artículo 1320”.

B. *El Código Civil de Chile*

En su artículo 2320 dispone:

Toda persona responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que tuvieran a su cuidado. Así el padre y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa... Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Además, el artículo 2321 agrega: “Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores y que conocidamente provengan de mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir”. Finalmente el artículo 2319 expresa: “No son capaces de delitos o cuasidelitos los menor de 7 años, ni los dementes, pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia...”

C. *El Código Civil del Brasil*

Dispone en el artículo 1521: “Son también responsables por la reparación civil los padres, por los hijos menores que estuvieren bajo su poder y en su compañía”.

Por otro lado, el artículo 1524 contiene una prohibición formal “a que el padre ejerza acción regresiva contra el hijo”.

D. *El Código Civil de Paraguay*

En sus artículos 1843 y concordantes sigue los lineamientos del Código Civil Italiano de 1942.

E. *El Código Civil de Bolivia*

En su artículo 990 expresa: “El padre y la madre o el tutor deben resarcir el daño causado por sus hijos menores no emancipados o por los menores sujetos a tutela que vivan con ellos, excepto si prueban que no pudieron impedir el hecho”. El artículo 989 establece que:

El resarcimiento del daño causado por el menor de 10 años o por el incapacitado de querer o entender, se debe por quien estaba obligado a la vigilancia del incapaz, excepto si se prueba que no se pudo impedir el hecho. Si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien está obligado a la vigilancia, el autor del daño puede ser condenado a una indemnización equitativa.

El artículo 993 autoriza la repetición de lo pagado por el padre y la madre “contra el autor del daño que en el momento de cometer el ilícito contaba con más de 10 años de edad o no estaba por otra causa incapacitado de querer y entender”.

F. *El Código Civil del Perú*

En el artículo 1975 expresa: “La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”. El artículo 1976 dispone: “No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”. Finalmente el artículo 1977 agrega: “Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo”.

G. *El Código Civil de México del Distrito Federal*

Dispone que “Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder a los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos”. El artículo 1920 agrega “Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de las personas, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata. El artículo 1922:

Ni los padres, ni tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

H. *El Código Civil de Guatemala*

En su artículo 1660 prescribe: “El menor de edad, pero mayor de 15 años, y el incapaz cuando obra en momentos de lucidez, son responsables de los daños y perjuicios que ocasionen. En los demás casos son responsables los padres, tutores o guardadores”. Artículo 1662:

La responsabilidad a que se refieren los dos artículos anteriores cesa, si las personas comprendidas en ellos justifican que les fue imposible evitar el daño o perjuicio. Esta imposibilidad no resulta de la circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia si aparece que ellos no han ejercido vigilancia sobre los menores o incapaces.

I. *El Código Civil de Colombia*

En el artículo 2346 expresa “Los menores de 10 años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa, pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia”.

El artículo 2347 comienza diciendo “toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado” y agrega, con la modificación del decreto 2820 de 1974 “Así, los padres son responsables solidariamen-

te del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.” Y en la parte final agrega: “pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho”. El artículo 2348 completa: “Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir.”

J. *El Código Civil de Quebec de 1991*

Dispone en su artículo 1459: “El titular de la patria potestad está obligado a reparar el perjuicio causado a otro por el hecho o la culpa del menor cuya guarda tiene a su cargo, a menos que pruebe que él no ha cometido ninguna culpa en esa guarda, vigilancia o educación del menor”. Agrega: “Aquel en la autoridad paternal es juzgado de la misma manera, si el hecho o la culpa del menor está ligada a la educación que se le ha impartido”. El artículo 1462 declara la irresponsabilidad por los daños originados en hechos de personas carentes de razón “salvo que el comportamiento de esas personas pueda ser considerado, en sí mismo, como culposo.”

2. *Los Códigos de Europeos*

A. *El Código Civil Francés*

En su artículo 1384, luego de aludir a la responsabilidad por el hecho ajeno, expresa, en su apartado cuarto, conforme a la ley 70-459 de 1970: “El padre y la madre, en la medida en que ellos ejerzan el derecho de guarda, son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos.” Más adelante especifica que: “Esta responsabilidad existe a menos que el padre o la madre, o el maestro artesano prueben que ellos no han podido impedir el hecho que origina la responsabilidad”.

B. *El Código Civil italiano de 1942*

Trata la responsabilidad de los padres, tutores, de los preceptores y de los maestros de artes en su artículo 2048 en donde expresa:

El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados, o de las personas sujetas a la tutela, que habitan con ellos. La misma disposición se aplica al afiliante. Las personas indicadas por los apartados anteriores quedan liberadas de la responsabilidad solamente si prueban no haber podido impedir el hecho.

C. *Código Civil de España*

En el artículo 1903, segunda parte dispone: “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda... La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

D. *Código Civil de Portugal*

En su artículo 491 expresa:

Las personas que, por ley o negocio jurídico, están obligadas a vigilar a otras, por virtud de la incapacidad natural de éstas, son responsables por los daños que ellas causen a terceros, salvo que demostraren que han cumplido con su deber de vigilancia, o que los daños se habrían producido lo mismo, aunque hubiesen cumplido con ese deber.

El artículo 489 complementario, dispone: “Si el acto causante del daño ha sido realizado por una persona no imputable, pueda ésta, por motivo de equidad, ser condenada a reparar, total o parcialmente, siempre que no sea posible obtener la reparación debida de las personas a quienes incumbe la vigilancia”.

Artículo 488, en su última parte prescribe que “se presumen imputables los menores de menos de 7 años”.

E. *El Código Civil Suizo de 1911, Código de las Obligaciones*

En el artículo 54 dispone que: “Si la equidad lo exige el juez puede condenar a una persona incapaz de discernimiento a la reparación total o parcial de los daños que ella hubiere causado”.

F. *El Código Civil Alemán*

Se debe distinguir si el menor tiene menos de 7 años, no responde por los daños causados, artículo 828, primer párrafo. Se presume, *iuris et de iure*, que los niños que no han llegado al séptimo año de vida no son capaces de comprender la trascendencia de sus actos. En tales supuestos, la única posibilidad de responder está dada por la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad en equidad (artículo 829 del BGB). Si el menor tiene entre 7 y 10 años, es civilmente responsable, a no ser que se pruebe que, cuando causó el daño, no tenía el discernimiento necesario para comprender su responsabilidad (artículo 828, segundo párrafo, 1º parte). Si el menor prueba ese extremo no deberá nada, salvo la aludida responsabilidad en equidad; en caso contrario y si además queda demostrada su culpa, en el sentido del artículo 276, habrá de responder en la misma medida que el adulto. En cuanto a los padres quedan alcanzados por el artículo 832 del BGB que dispone:

1) Quien en virtud de la ley está obligado a la vigilancia de una persona que, a causa de su menor de edad o de su estado mental o corporal, precisa de vigilancia, está obligado a indemnizar los daños que esta persona causa ilícitamente a un tercero. La obligación de indemnizar no tiene lugar si ha satisfecho su obligación de vigilancia o si el daño también se hubiera producido aun desempeñando una vigilancia adecuada. 2) La misma responsabilidad incumbe a quien asume por contrato la ejecución de la vigilancia.²⁰

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS *PATRES* POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR SUS *FILII*: ORIGEN ROMANÍSTICO

En Roma, el delito es un acto antijurídico que lesiona a alguien y que está sancionado por una pena. Los autores clásicos empleaban el vocablo *delictum* o *maleficium* para los casos propios del *ius privatum* que provocaban una obligación penal de reparar (*obligatio ex delicto*) y eran perseguibles por una acción penal (*actio poenalis*), las características de la misma eran la intransmisibilidad, la acumulabilidad y la noxalidad.²¹

²⁰ Mosset Iturraspe, J., D'Antonio, D. y Novelino, N., *op. cit.*, pp. 42 y ss.

²¹ Di Pietro, A, *Derecho privado romano*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 193 y 204 y ss. "Los delitos como los cuasidelitos, eran actos ilícitos sancionados con una pena. Ésta era generalmente pecuniaria, y en favor de la parte que sufría el menoscabo delictual se otorga-

El derecho antiguo, la Ley de las XII Tablas, en la tabla VIII, menciona entre los delitos privados a la *iniuria*, el *furtum*, el *damnum iniuria datum*, y la *bona vi rapta* o *rapiña*. Pero el pretor otorgó *actiones in factum* para sancionar determinadas conductas, que eran consideradas “delitos pretorios,” como el *dolus malus* y el *metus* (miedo o coacción); además de otorgar acciones *in factum* que eran de carácter penal como la que iba dirigida contra el juez que obraba dolosamente al pronunciar la sentencia; la que iba contra quienes vertían o arrojaban cosas a la calle; contra quienes colocaban o colgaban alguna cosa en su casa, expuesta a la vía pública; y contra los dueños de establos, posadas y navíos, por hurtos y daños cometidos por sus dependiente. Estos últimos casos que figuraban en el Edicto del Pretor, fueron consignados por Justiniano como *ex quasi delicta*. (Inst. 4,5).²²

Si el autor del delito era un *filius in potestate* o un esclavo, el *pater* o el *dominus* respectivamente, podía escapar de su responsabilidad entregando al hijo o esclavo por medio de la *mancipatio*, a quien sufrió el perjuicio, en carácter de *nox* (*noxae datio*: Gayo 4, 75-79). Si no optaba por este procedimiento, debía pagar él mismo la pena del delito. (D.9,4,1).²³ Para tener acción noxal

ban *actiones poenales*”. Lapieza Elli, en *Historia del derecho romano*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1981, p. 96 opina: “Conviene destacar como instituciones típicas de la época arcaica la *sacertas* y la *noxae deditio*. El castigado con la primera quedaba religiosa y jurídicamente apartado de la sociedad y expuesto a la venganza de los dioses y de los hombres: quien le daba muerte no cometía homicidio. Por la *noxae deditio* el *pater* se liberaba de su responsabilidad entregando al damnificado el culpable, sea éste *alieni iuris* o esclavo”. Rascón García, C. y García González, J., *Ley de las XII Tablas*. Estudio preliminar, traducción y observaciones, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 21 y ss. Talamanca, M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 317 y ss. “*Nell’ordinamento romano coesistono illeciti sanzionati con una poena sul piano del diritto privato (i delicta) ed illeciti puniti (nell’interesse generale), sul piano del diritto pubblico (i crimina). In periodo tardo- repubblicano e classico, i delicta civili e le analoghe figure pretorie sono tutti puniti con una pena pecuniaria, riscossa dalla persona offesa nelle forme del processo privato (l’ordo iudiciorum privatorum), dando luogo alle obligationes ex delicto e dalle omologhe fattispecie pretorie.*” “*Le azioni penali, nascenti dalle obligationes ex delicto, presentano come caratteristiche la cumulatività, l’intransmissibilità passiva, la nossalità.*”

²² Di Pietro, A, *op. cit.*, p. 191.

²³ *Ibidem*, p. 194. García del Corral, I (trad.), *Cuerpo de derecho civil romano*, Barcelona, Lex Nova (reimpresión), 1897, t. I, p. 596. D.9,4,1 (en lo sucesivo será esta la edición y traducción del CJC que se se cite sin mencionarla), Gayo en *Comentarios al Edicto provincial*, libro II “Llámense acciones noxales, las que se dan contra nosotros, no en virtud de contrato, sino de daño y de delito de los esclavos. La fuerza y el poder de estas acciones son estos, que si hubiéremos sido condenados, nos sea lícito evitar la estimación del litigio con la entrega del mismo cuerpo, que hubiere delinquido”. Gayo, *Institutas*, traducción, introducción y notas de Di Pietro, A., La Plata, Librería Jurídica, 1967, p. 319 (en adelante será esta la edición que se usará). “El abandono noxal (*noxae deditio*) es una facultad que tiene el *pater* o el *dominus* para escapar a las consecuencias pecuniarias de la responsabilidad de un acto delictuoso. Se llama *nox* el cuerpo que ha ocasionado el daño y *noxia* el delito cometido. Por ello, la sentencia en

era necesario que quien ejercía la *patria potestas* no haya tenido noticia previa del delito o posibilidad de impedirlo; en la hipótesis del *paterfamilias* conoedor del hecho, la acción se intentaba *sine noxae deditio*, y el *pater* soportaba irremisiblemente la pena.²⁴

La responsabilidad noxal pesaba sobre el *pater* por la imposibilidad de hacerla recaer directamente sobre seres que no tenían capacidad jurídica patrimonial propia; pero por razón natural de la responsabilidad era del delincuente mismo, vale el principio *noxæ caput sequitur*, el que hacía que responda no quien tenía bajo potestad al culpable en el momento del delito sino quien lo tenía en el momento en que se intentaba la acción. Además la acción se podía intentar contra el hijo que había salido de la *patria potestas* o contra los esclavos que habían sido manumitidos. Con respecto a los esclavos, la *noxæ deditio* se llevaba a cabo por medio del abandono y la correlativa toma de posesión; en cambio los *filius* culpables eran objeto de la *mancipatio* y caían en una situación de cuasi esclavitud que se llamaba *in causa mancipii*.²⁵

este caso, debía ser: “Condeno a *Publius Maevius* a que pague a *Lucius Titius* diez áureos o que proceda a abandonar en noxa”. Los orígenes y motivos de estas acciones resultan oscuros, por lo menos en un determinado momento dicho abandono tiene un carácter de reparación económica, de tal modo que si el *filius* dado en noxa hace adquirir al beneficiado por dicho abandono tanto cuanto es el monto de la indemnización delictual, entonces éste debe manumitirlo, haciéndolo salir del *mancipium* en el que se halla, situación que por Justiniano es extendida al esclavo. Ya que el esclavo que es abandonado en noxa por la comisión de un delito resultaría más beneficiado que el que no lo ha cometido por cuanto este último no podría obligar al *dominus* a que se le otorgue la manumisión por más bienes que le haga adquirir, y aquél sí. En cuanto a la forma de proceder al abandono noxal, ello ocurre por una *mancipatio*, de tal modo que el *filius* pasará a estar *in causa mancipii* del tercero beneficiado por el abandono y el esclavo *in potestate* también del mismo.” Bonfante, P., *Instituciones de derecho romano*, traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Reus, 1965, p. 160. El *paterfamilias*, era también juez de los *filiifamilias*, en cuanto a las culpas cometidas por ellos tenían autoridad para castigarlos de todos los modos posibles, por los delitos cometidos contra extraños podía liberarse de toda responsabilidad, entregando al *filius* en manos de la persona perjudicada, según la costumbre de las comunidades antiguas en las relaciones internacionales (*ius noxae dandi*).” Arangio-Ruiz, V., *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 10ª ed. italiana por José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 407. “Se llaman noxales (*de noxa*, que según la interpretación dominante equivale a delito) las acciones penales intentadas contra el *pater* o el amo por el delito privado del hijo o esclavo. En este caso, la acción no se intentaba pura y simplemente, sino *cum noxae deditio*, es decir, con una cláusula que permitía al demandado librarse de toda responsabilidad abandonando al delincuente al ofendido; cuando no quería consentir en la *noxæ deditio*, el *pater* o el amo sufría la apena pecuniaria.

²⁴ Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, pp. 407 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 408. Talamanca, M., *op. cit.*, pp. 320 y ss. “Come caratteristica delle azione penali la *nossalità* releva nei casi cui il delitto è stato compiuto da una persona soggetta all'altrui potestà, la quale, nel sistema delle pene pecuniarie, non aveva la capacità giuridica e non poteva quindi essere il soggetto passivo della relativa obbligazione. Qui vigeva il sistema della *nossalità*: era il *paterfamilias* a risultare soggetto

En la época clásica, por razones humanitarias no se practicaba la *noxae datio* de una hija. Gayo en 4,75 y ss., sólo hablaba del caso del *filius*, no da la *filia*. Pero en lo que respecta a los delitos cometidos por los hijos se admitía que éste para evitar el peligro de la *noxae deditio*, podía defenderse por sí cuando el *pater* descuidase la defensa; más tarde con el régimen de los peculios y de los bienes adventicios puso al *filiusfamilias* al frente de un patrimonio, la razón de la acción noxal desapareció. Justiniano, impulsado por motivos morales y conforme no solamente al nuevo espíritu social (*nova hominum conversatio*), sino también al nuevo ordenamiento patrimonial de la familia, abolió la *noxae datio* de los hijos e hijas, manteniéndola sólo para el caso de esclavos. Por lo tanto los *filius* podían ser citados a juicio por sus propios delitos (Inst. 4,8,7).²⁶

VIII. ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS

El ordenamiento jurídico romano se preocupó del aspecto económico de la familia, el mismo nos muestra una evolución que va desde una situación primitiva, en la que sólo tenía derecho de poseer bienes el *pater*, hasta llegar a la

all'azione per il delitto compiuto dal sottoposto, ma l'azione veniva data nossalmente, prevedendo per il pater stesso la possibilta di librarsi abbandonando all'offeso il figlio od il servo. La situazione era diversa nel diritto più antico, quando glio illeciti privati erano sanzionati dalla vindicta dell'offeso. Per pene di carattere afflittivo, come l'addictio o la talio, l'offeso era autorizzato ad escicitare la vindicta sul colpevole, mentre restava aperta al paterfamilias la possibilità di addivenire ad una composizione volontaria. Quando la composizione divenne legale, non essendo la pene pecuniaria applicabile nei confronti del colpevole, s'impose al paterfamilias l'obbligo di pagare la pena, ma (come residuo del regime dell'originaria vindicta), rimase al pater il potere di liberarsi da questa obbligazione, abbandonando l'offensore all'offeso, allo stesso modo in cui alle origini avrebbe potuto non addivenire alla composizione volontaria. Nel processo formulare, l'azione penale peri l delitto del sottoposto era data in via nossale contro il paterfamilias: nella formula, il Nome del figlio o dello schiavo risultava nella descrizione del fatto illecito, mentre l'oportere relativo era riferito al paterfamilias, e prevedeva, in forma alternativa, l' obbligazione di pagare la poena o di noxae dedere (l'autore dell' illecito). L' alternativa ricorreva ancora nella condemnatio: la facultas Solutionis rappresentata dalla noxae deditio sopravviveva alla condanna e cessava soltanto con l'inizio dell' esecuzione forzata (o la litis contestatio sull' actio iudicati). La responsabilità nossale viveva il principio noxa caput sequitur (la responsabilità nossale segue la persona dell'offensore), in base al quale l'azione é esperita contro il paterfamilias che ha in potestà il figlio od il servo al momento dell'azione, e non contro quello che l'aveva al momento della commissione del delitto: in caso di emancipazione del figlio o di manomissione dello schiavo, ci si rivolge contro costoro, dato che alla directa attuazione della responsabilità non osta più l'esistenza della potestas di un altro soggetto. La morte del colpevole estingue l'azione. Non sempre l'azione per i delitti dei sottoposti è data nossalmente: quando il paterfamilias, al corrente del delitto, non l'abbia impedito (potendolo fare), l' azione viene data contro di lui sine noxae deditio. Non si tratta però di un concurso, nel qual caso la disciplina è diversa: l'azione sbeta cumulativamente contro il pater ed il filius, ed il primo era soggetto, in proprio, aqll' azione directa, nonchè ad un'azione sine noxae deditio, peri l fatto del figlio."

²⁶ Di Pietro, A, *op. cit.*, p. 194. Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 407. Bonfante, P., *op. cit.*, p. 163.

época justiniana en la que se le permitía a los *filius* tener un cierto patrimonio. Es por ello que en la etapa del derecho clásico imperaba la idea de unidad patrimonial en el sentido que la familia económicamente era un patrimonio que pertenecía al *pater*; siendo éste, el único titular de derechos patrimoniales. Todo lo que los *filius* o los esclavos adquirirían era para el *pater*, sin embargo, si contraían alguna deuda, en este caso no obligaba al mismo. Por lo que regía la regla por la cual hijos y esclavos podían mejorar la situación del *pater* pero nunca empeorarla.²⁷

Por razones de equidad y en interés del comercio, el pretor otorgó acciones en beneficio de los terceros que contrataban con un *filius* o un esclavo, y de esta manera podían intentar la respectiva acción contra el *pater* o el *dominus* según el caso, tornándolo como responsable.

La denominación de *actiones adiectitae qualitatis* no es propiamente romana, sino que proviene de los glosadores que tomaron del texto de *Paulo* del Digesto 14,1,5,1, en donde señala que la acción en estos casos no se transfiere sino que es agregada, es decir, *adiicitur*.²⁸ Los comentaristas llamaron así a estas acciones por ser remedios creados por el pretor, que trató de proteger

²⁷ Torrent, A, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, Cooperativa de Artes Gráficas, 1995, pp. 519 y ss. “En la época clásica todo lo que se adquiría era para el *pater*. Gayo dice: todo lo adquirido por una persona sometida a la *potestas* de otra adquiere para ésta. La *patria potestas* duraba de por vida, los hijos no adquirirían una personalidad propia a no ser que se emancipasen. Sólo el *pater* es *sui iuris* y todos los demás sometidos a su poder son *alieni iuris*. La unidad patrimonial, por lo tanto, es muy clara en la primera etapa de la época clásica, el único sujeto de derechos patrimoniales era el *pater*. Sin embargo se produjo un proceso evolutivo que dio cada vez más cabida a la personalidad de los hijos y éstos tienen ya en el Derecho Justiniano una cierta capacidad patrimonial.” En el mismo sentido Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 107. “Toda adquisición del hijo o esclavo era por derecho una adquisición del *pater*, se producían en estos casos tanto para la propiedad como para los derechos de crédito resultados idénticos a los que habría producido la representación directa. No se producía el mismo efecto, en principio, para las deudas contraídas por el esclavo o por el *filiusfamilias*, pero este sistema de acciones dio lugar a que el *paterfamilias* quedase obligado por la deuda”.

Gayo, *Institutas...*, *cit.*, pág 26 y 114. Gayo 1,52: “los esclavos están sometidos a la potestad de sus *domini*, y que cuanto éstos adquieren, es adquirido para el *dominus*”. Además en Gayo 2, 87: “Así lo que los *liberi* sometidos a nuestra *potestas* o nuestros esclavos, reciban por la *mancipatio* o adquirieran por *traditio* ya sea que provenga de una *stipulatio* o de cualquier otra causa, es adquirida por nosotros, ya que aquél que está sometido a nuestra *potestas* no puede tener nada suyo....” D.50,17,133: “Por medio de los esclavos se puede hacer mejor nuestra condición pero no se puede hacer peor”.

²⁸ Di Pietro, A., *op. cit.*, p. 306. D.14,1,5,1 (Paul., 29 *ad Ed.*): “Asimismo, si un esclavo mío explotare como naviero una nave, y yo hubiere contratado con el patrón de ella, nada obstará, para que yo ejercite contra el patrón la acción que me compete o por derecho civil, o por derecho honorario; porque tampoco obsta este edicto a otro cualquiera, para que pueda ejercitar la acción contra el patrón; porque por este edicto no se transfiere la acción, sino que se acumula”.

a la parte más débil de la relación jurídica, es decir, los terceros contratantes y por tener la particularidad de ir siempre agregadas a otra acción.²⁹

Hay que resaltar que en principio las acciones eran dirigidas contra el *filius*, careciendo de practicidad ejecutiva, salvo que contara con un peculio castrense o cuasicastrense. Pero en este caso se agregaban o se añadían estas acciones dirigidas contra el *pater*. En la época clásica la fórmula se redactaba mediante la técnica pretoria de la “transposición de personas”, de tal modo que, si bien aparecía el nombre del *filius* o del esclavo en la *intentio*, el que resultaba responsabilizado en la *condemnatio* era el *pater* o el *dominus*.³⁰ Cuando desaparece el procedimiento formulario la acción era dada directamente contra el *pater* (I.4,7,8).

A su vez si bien el esclavo no podía realizar el negocio por carecer de capacidad, el pretor hacía desaparecer esta dificultad por medio de una ficción de libertad (D.19,1,24,2; D.14,3,12; D.45,2,12).³¹

Este sistema de acciones hacía que el *paterfamilias* quedase obligado, siempre que la deuda derivara de negocios por él autorizados o de los que sacara alguna ventaja.³²

Es necesario destacar, que estas acciones pueden dividirse en dos grupos:

- Las que se concedían cuando existía autorización especial o general del *pater* para los negocios celebrados por el *filius familias* o el esclavo,³³ en las cuales el *pater* quedaba obligado enteramente, es decir, *in solidum*.³⁴

²⁹ Álvarez, M., *Temas de derecho privado romano. Familia. La concepción romana de comunidad familiar en el orden patrimonial. El filius familias como instrumento de adquisición del pater. Acciones adiectitae qualitatis*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1999, p. 120.

³⁰ Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 175.

³¹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., pp. 306 y ss. “Inst. 4.7.8: Debemos advertir, por último, que lo que se hubiere contratado con mandato del padre o del dueño y lo que hubiere redundado en su beneficio, puede ser también reclamado por la condición directamente del padre o del dueño, como si principalmente con él se hubiese hecho el negocio. Y se establece que también puede reclamarse por la condición directamente de aquél que está obligado o por la acción *exercitoria* o por la *institoria*, porque también se entiende que por su orden se celebró el contrato”. En concordancia Álvarez, M., *op. cit.*, p. 121. “En el caso del esclavo la fórmula posee otras características ya que contiene una ficción del *status libertatis*: en la *intentio* se incluye la ficción de que el esclavo es libre, pues de lo contrario no podría ser demandado, el pretor ordenaba al *iudex* o *arbiter* proceder como si el esclavo fuera libre (D.19.3.12)”.

³² Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 107.

³³ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 120.

³⁴ Bonfante, P., *op. cit.*, p. 177.

- Y las que se otorgaban cuando faltaba la orden o autorización,³⁵ por lo tanto, el *pater* era responsable en forma limitada, por un monto.³⁶

Dentro del primer grupo se encuentran la *actio quod iussu*, la *exercitoria* y la *institoria*.

1. Actio quod iussu

El *iussum* significa mandato u orden y *quod iussu* lo que se ha mandado, ordenado o autorizado.³⁷ El *iussum* ocurría cuando se autorizaba ante testigos, por carta, por palabras o por nuncio, sea para un negocio en especial o en forma general (D.15,4,1).³⁸

Este caso sucedía cuando el negocio había sido realizado por el *filius* o el esclavo contando con la autorización del *pater* o del *dominus*. El pretor concedía esta acción por el todo de la obligación contra el *pater* o el *dominus*, la misma se justificaba plenamente por cuanto el que figuraba como acreedor había celebrado el negocio confiando en el *pater* o en el *dominus* y no en el *filius* o el esclavo.³⁹ Ulpiano en D.15,4,1 pr. expresaba este concepto de la siguiente manera:

³⁵ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 120.

³⁶ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 307. En concordancia Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, pp. 107 y ss. “Conviene ante todo tener presente que al fin de la época republicana y en los primeros siglos del Imperio, la necesidad de recurrir en los negocios a la actividad de extraños no era frecuente: la mayor parte de las veces bastaba la actividad de los sujetos a la potestad del *paterfamilias*, descendientes o esclavos....” El *pater* respondía por la totalidad de la deuda si había autorizado al sujeto bajo potestad para contratar y en forma limitada cuando no daba su autorización.

³⁷ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 120. Gayo, *Institutas...*, *cit.*, p. 315. “Si bien literalmente se puede haber traducido *iussum* en el sentido de aquello que está ordenado, sería erróneo en cuanto a la aplicación de esta acción, ya que más que una orden significa la adhesión del *pater* o *dominus* a un negocio determinado, lo cual quiere decir que no es necesaria la orden puesto que vale la aprobación manifestada por éste”.

³⁸ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 307.

³⁹ Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, *cit.*, p. 175. Lenel, O., *Essai de reconstitution de l'Édit Perpetuel*, traducido por Frédéric Peltier, Paris, Larose & Forcel, 1901, t. I, pp. 318 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII- 104. En concordancia Torrent, A., *op. cit.*, p. 521. “La *actio quod iussu*, basada en que el *pater* había de algún modo encomendado al *filius* una gestión *cum iussu*, con mandato expreso para realizar algo, y esto era suficiente para que el *pater* respondiese puesto que había hecho que el *filius* realizase esa gestión”. En el mismo sentido Talamanca, M., *op. cit.*, p. 87. “Un'autorizzazione esplicita si ha anche nell'actio quod iussu, qui il pater autorizza, col iussum, un terzo ha concludere un contratto col proprio schiavo, e per tale fatto risponde in solidum per le obbligazioni nascenti dal negozio così autorizzato. Data la

“Con razón se da por lo que se hizo por mandato del señor acción contra éste por el todo, porque en cierto modo se contrata con el que manda”.⁴⁰

Por lo tanto, debía entenderse por *iussus* a la orden anterior al contrato celebrado por el *filius* o esclavo. Sin embargo, si el amo o el *pater* ratificaba lo contratado sin su orden, también podía ejercerse contra él la acción (D.15,4,1,6), porque la ratificación equivalía al mandato. Cuando el esclavo o el *filius* no había sido más que un instrumento de su amo o *pater*, como si al recibir dinero prestado mandó a que lo cuente su siervo, el pretor no daba la acción sino la *condictio*, lo mismo que si el *dominus* o el *pater* hubiese recibido la cantidad (D.15,4,5 pr).⁴¹

2. Actio exercitoria

Su nombre proviene del *exercitor navis*, naviero o armador del buque.⁴² Ulpiano en D.14,1,1,15 nos decía:

“mas llamamos naviero a aquél a quien corresponden todas las obvencones y utilidades, ya sea dueño de la nave, ya haya tomado del dueño de la nave en arrendamiento a su riesgo o temporalmente, o a perpetuidad”.

struttura della fattispecie, in assenza del iussum è sufficiente, per integrare la responsabilità dell'aveute potestà, la successiva ratifica (ratihabitio).”

⁴⁰ Véase García del Corral, I. (trad.), *Cuerpo de derecho civil romano...*, cit., t. I, p. 816. En el mismo sentido Gayo, *Institutas...* cit., p. 315. Gayo 4,70: “Ante todo, si el negocio se ha llevado a efecto con consentimiento (*iussum*) del *pater* o del *dominus* el pretor ha instituido una acción por el todo (*in solidum*) contra el *pater* o el *dominus* y esto es justo ya que quien ha realizado tal negocio ha confiado más en el *pater* o en el *dominus* que en el *filius* o en el esclavo”.

⁴¹ Orotlán, M., *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, traducción de Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Madrid, Librería de Hijos de Locadio López, 1873, t. II, pp. 677 y ss. “Inst. 4.7.1: Si alguno ha contratado con un esclavo autorizado por su dueño el pretor concederá contra éste una acción *in solidum* porque la otra parte se atiene a la confianza que el amo le inspira”.

⁴² Álvarez, M., *op. cit.*, p. 121. En concordancia Gayo, *Institutas...*, cit., p. 315. Gayo 4,71: “Por la misma razón ha establecido otras dos acciones, la “*actio exercitoria*” y la “*actio institoria*”. La primera tiene lugar en el caso de que un “*pater*” o un “*dominus*” haya puesto a un “*filius*” o a un esclavo al mando de una nave (*magister navis*) y se realizara con él alguna transacción relativa al negocio por el cual fue puesto en dicho mando. Como en efecto, También en este caso se considera contraer el negocio de acuerdo con la voluntad del “*pater*” o del “*dominus*”, ha parecido muy equitativo que se de una acción por el todo (*in solidum*). Más aún la *actio exercitoria*” es dada también en el caso de que se hubiera puesto como *magister navis* a un extraño, sea este un esclavo o un hombre libre. Y esta acción es llamada *exercitoria* porque la persona que recibe las utilidades diarias de una nave es llamada *exercitor*...”

En esta acción se autorizaba en forma genérica al *filius* o al esclavo a obrar como *magister navis* (capitán de la nave), realizando los negocios para los cuales había sido encomendado, o en general los realizados en dicho viaje marítimo.⁴³ Es decir que, el *pater* era el armador de naves que organizaba una empresa de transporte marítimo, y colocaba al frente de la nave al *filius familia* como capitán o *magister navis*,⁴⁴ que estaba encargado del cuidado de toda la nave.⁴⁵

Como el *magister navis*, por circunstancias propias de la actividad, no podía recabar autorización especial y expresa para cada negocio que celebraba, y teniendo en cuenta que el *pater* era el *exercitor navis*, beneficiario de todos los negocios, el pretor concedió por razones de equidad a los terceros la *actio exercitoria* y de este modo se demandaba al *pater* o al *dominus* por el todo de cada obligación negocial, siempre que estuviere en relación directa con la actividad marítima (D.14,1,1,2). El fundamento de la utilidad de esta acción lo encontramos en el D.14,1,1 pr., ya que a veces por las circunstancias de lugar y tiempo, los terceros no podían informarse sobre la condición del *magister navis*.⁴⁶ Además el *magister navis* debía obrar conforme a las instrucciones recibidas; si las excedía, el *exercitor* no respondía (D.14,1,1,12). Tampoco era responsable por los negocios realizados por los marineros, y no por el *magister*; aunque sí por los delitos cometidos por los marineros, ya que una cosa era la *causa contrahendi* y la otra *causa delinquendi*, puesto que se debía vigilar que no cometieran “culpa” o “dolo” (D.14,1,1,2).⁴⁷

Si la explotación de la nave se hacía a través de una empresa marítima, la acción *exercitoria* se daba *in solidum*, por la totalidad de la deuda, sin perjuicio del que hubiere pagado para obtener de los demás el reintegro (D.14,1,1,25; D.14,1,3; I.4,7,2). Si fueran muchos los patrones, no habiéndose distribuidos los cargos, cualquier cosa que se hubiere contratado con uno obligará al naviero; en cambio si se hubieran distribuido para que uno

⁴³ Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales...* cit., p. 174. Lenel, O, *Essai de reconstitution de l'Édit Perpetuel...*, cit., pp. 296 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII-101.

⁴⁴ Torrent, A, *op. cit.*, p. 521. “El *pater* respondía junto con el hijo de las obligaciones que éste hubiese contraído como consecuencia de su gestión... Respondían conjuntamente”.

⁴⁵ D.14,1,1,1: “Debemos entender por patrón de nave a aquél a quien está encomendado el cuidado de toda la nave”.

⁴⁶ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 121. En concordancia Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 307. “Entra en tal concepto todo lo relativo con el y los negocios encargados al *magister navis* (también por la carga, la reparación de la nave, los salarios de los marineros), incluso, si debió tomar dinero en mutuo, siempre y cuando lo haya hecho para emplearlo en el negocio del viaje. D.14,1,1- 7-8-9 y 11”.

⁴⁷ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 307.

arriende y otro cobre, el naviero se obligará con arreglo al cargo de cada uno, o sea que respondía por la función que le fue atribuida (D.14,1,1,13). Pero si se nombró a los patrones de modo que el uno no haga cosa alguna sin el otro, el que contrató con uno sólo, se culpará de ello a sí mismo (D.14,1,1,14).⁴⁸ Cabe agregar, que la *actio exercitoria* pasaba a sus herederos desde el punto de vista activo como pasivo o sea que era perpetua (*actio in perpetuum*).⁴⁹

3. Actio institoria

Su nombre proviene del *institor*, porque insta gestionando un negocio (D.14,3,3).⁵⁰ Aquí el *pater* o el *dominus* ponía como encargado (*institor*) al *filius* o al esclavo al frente de una tienda (*taberna*)⁵¹ o comercio terrestre y éstos contraían obligaciones vinculadas con dicho emprendimiento (D.14,3,1). El *institor* podía haber sido nombrado para administrar un edificio, para comprar trigo (D.14,3,5,1); para prestar dinero a interés, para cultivar los campos, para hacer compras y redenciones (D.14,3,5,2); para vender mercaderías como vendedores ambulantes (D.14,3,5,4: *circitores*); para dirigir un local de apresto o remiendo de ropa (D.14,3,5,4 y 6).⁵²

⁴⁸ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 123.

⁴⁹ Gayo, *Institutas...*, *cit.*, p. 316. También en D.14,1,4,4: “Estas acciones se darán perpetuamente, así a los herederos, como contra los herederos, y por consiguiente, aún si falleció el esclavo, que ue naviero con la voluntad de un señor, se dará esta acción también después del año, aunque la del peculio no se de después del año”.

⁵⁰ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 123.

⁵¹ Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 679. “*Tabernae*: esta palabra significa tienda. Teófilo la reemplaza en su traducción, con otra que significa taberna. Para lo que ha querido decir Justiniano, tan indiferente es la una como la otra: ambas aclaran el sentido del período, taberna y tienda son dos establecimientos industriales. La acción *exercitoria* y la acción *institoria* no se aplicaron al principio sino en los casos en que mediaban empresas comerciales”.

⁵² Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, *cit.*, pp. 174 y ss. “Estas formas al igual que en el caso de la empresa marítima eran muy corrientes en Roma, y permiten vislumbrar un incipiente derecho empresario”. En concordancia Gayo, *Institutas...*, *cit.*, pp. 315 y ss. (Gayo 4,71): “... En cuanto a la *actio institoria*, ella tiene lugar contra aquél que ha puesto al frente de una tienda o de otro negocio a su *filius* o a su esclavo, o a un extraño, sea este un esclavo o un hombre libre y si hubiera contratado alguna cosa referente al negocio a cuyo frente ha sido puesto. Esta acción es llamada *institoria* porque aquél que es puesto al frente de una tienda es denominado *institor*. Esta fórmula es dada igualmente por el todo”. *Cfr.* I.4,7,2 en la edición que se usa en este texto. En concordancia Talamanca, M., *op. cit.*, p. 86. “*Nell’actio institoria, invece, il proprietario prepone lo schiavo, che assume il nome di institor, ad un’azienda commerciale diversa dall’esercizio di un’impresa armatoriale, si dice usualmente ad un’ impresa terrestre, che, almeno alle origini, doveva avere carattere commerciale: anche chi, nei limiti della praepositio, il preponente risponde in solidum per le obbligazioni*”

Esta acción era dada contra el *pater* o el *dominus* por el todo de cada obligación (*in solidum*). El empresario sólo respondía si la obligación estaba relacionada con la finalidad para la cual el *institor* fue propuesto (D.14,3,11). Así, si se lo puso al *institor* para vender cosas, se estaba obligado en nombre de él por la *actio ex empto* (acción por lo comprado); en el caso de que haya sido puesto para comprar, por la *actio ex vendito* (acción por lo vendido); (D.14,3,5,12). Igualmente, si tomó dinero en préstamo, para comprar mercaderías o para pagar el alquiler del local, (D.14,3,5,13), salvo que se lo hubiese prohibido expresamente (D.14,3,11, 2-3 y 4).⁵³ En caso de varios dueños, éstos respondían por el todo (D.14,3,13,2), y además se daba perpetuamente tanto en forma activa como pasiva (D.14,3,15).⁵⁴

Es necesario mencionar que existía una diferencia entre la acción *exercitoria* y la *institoria*: se daba la primera contra el armador o contra su amo, si hubiese fletado el buque con su consentimiento, por las obligaciones contraídas por el capitán nombrado por el dueño del barco, o por un sustituto, aunque esto se hubiera hecho sin noticia del amo, o contra su voluntad; pero en la acción *institoria* no podía ejercerse contra el dueño cuando la obligación se había contraído por el sustituto del *institor*, ni contra el *alieni iuris*, ni contra el dueño de éste último.⁵⁵

Justiniano otorgó una *actio quasi institoria* establecida *ad exemplum* de la *actio institoria*. Se trataba del supuesto de aquél que encomendó a otro, no como *institor*, pero sí como agente suyo (*procurator*), la realización de un negocio; así, tomar dinero en mutuo (D.19,14,3,19 pr.), o la venta de un bien (D.19,1,13,25). Mediante ella se podía ir contra el dueño del negocio. Estas gestiones realizadas por hombres libres ajenos a la familia, fue am-

assunte dal sottoposto. Sia l'actio exercitoria che quella institoria possono venire esercitate, almeno almeno a partire dagli inizi del principato, anche quando il magister navis o l'institor per cui è avvenuta la praepositio non siano sottoposti alla potestas del preponente, e si ha qui, sia pur con un funzionamento unilaterale, un caso che, in certo qual modo, può essere avvicinato alla rappresentanza diretta. I limiti della praepositio si desumono dal nesso con l'attività imprenditoriale esercitata, nesso inteso in modo molto ampio (così che viene coperta qualsiasi operazione economico-finanziaria, ad es. anche un prestito, necessaria per la conduzione dell'azienda). Il proprietario poteva, poi, restringere la propria responsabilità, escludendo determinati negozi e portando codeste restrizioni alla conoscenza dei terzi con mezzi idonei (ad es., avvisi posti nei locali in cui il preposto svolgeva la propria attività)". Lenel, O., op. cit., t. I, pp. 298 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII- 102.

⁵³ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 307.

⁵⁴ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 123.

⁵⁵ Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 679.

pliando la responsabilidad por terceros, abriendo el camino a la idea de la representación.⁵⁶

Dentro del segundo grupo de acciones creadas por el pretor para corregir las injusticias que surgían de la aplicación rigurosa del derecho civil, estaban aquellas en las que el *pater familias* no daba ni una autorización especial ni general,⁵⁷ ellas eran la *actio tributoria*, la *de peculio*, y la *in rem verso*.

4. Actio tributoria

Su nombre proviene del verbo *tribu, is, bui, butum, ere*, que significa en su infinitivo distribuir.⁵⁸ Esta acción fue creada para una situación especial en donde el *filius* o el esclavo empleaban todo o parte de su peculio, concedido por su *pater* o *dominus*, ya sea en mercaderías, o lo hubiesen invertido en crear una empresa comercial o industrial (*merx pecularis*), con pleno conocimiento del *pater* o del *dominus*, y sin que mediara oposición.⁵⁹ La acción *tributoria* tenía lugar cuando los acreedores se quejaban de que el *pater* había actuado con dolo perjudicándolos en la distribución proporcional de los bienes (D.14,4,7,2-3 e I.4,7,3).⁶⁰ Los acreedores le solicitaban al pretor que le concediera esta *actio* por el monto del perjuicio.⁶¹ La característica especial de

⁵⁶ Di Pietro, A., *Derecho privado. romano... cit.*, p. 307. En el mismo sentido Álvarez, M., *op. cit.*, p. 124. “Conforme a Papiniano, se otorgó también la acción *cuasi institoria*, cuando se había encomendado a una persona como *procurator* la realización de un negocio, (D.14,3,19 pr: tomar dinero en mutuo; o D.19,1,13,25: por la venta de un bien), para ir contra el dueño del negocio”. En concordancia Bonfante, P., *op. cit.*, p. 176. “En el Derecho nuevo con la *actio cuasi institoria*, si el tercero contrata con ellos a base de la voluntad del *pater familias* (*secutus domini voluntatem*), también sin verdadera y propia supeditación a una hacienda de comercios.” En el mismo sentido Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 679. “Para un hecho aislado el pretor conseguía, no acción *institoria*, sino una acción análoga (*ad exemplum institoriae*-C.4,25,5). Esta última acción se aplicó también a todos los negocios, aunque no tengan relación con el comercio D.14,3,19 pr.- D.19,1,13,25”.

⁵⁷ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 124.

⁵⁸ Gayo, *Institutas...*, *cit.*, p. 316. En el mismo sentido Álvarez, M., *op. cit.*, p. 126. “Del verbo *tribuere*, que significa distribuir”.

⁵⁹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 309. Gayo, A., *Institutas...*, *cit.*, p. 316. Gayo 4, 72: “Además se ha instituido una *actio tributoria* contra el *pater* o el *dominus* para el caso de que el *filius* o el esclavo hubiesen hecho un negocio con capital de su peculio sabiéndolo el *pater* o el *dominus*”... Lenel, O., *op. cit.*, pp. 298 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII- 103. En concordancia Talamanca, M., *op. cit.*, p. 88.

⁶⁰ Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 680.

⁶¹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 309. “La *actio tributoria* no sería una *actio adiectitae qualitatis* sino una *actio in factum* directa contra el poderhabiente”. Además Gayo, *Institutas...*, *cit.*, p. 316 (Gayo 4,72): “.... En efecto, si alguien hubiera contratado con el *filius*

la misma era que se necesitaba la presencia del dolo, pero ello, no obstante no era una acción de dolo, ya que lo que se pretendía era la obtención de la cosa (D.14,4,8: *persecutio rei*) y no la inculpación de dolo respecto del agente del mismo; por ello se ejercía *in perpetuum*, contra los herederos solamente por aquello que fue a poder de éstos (D.14,4,7,5).⁶²

Se actuaba como en un verdadero procedimiento de concurso, es decir, que no acontecía entonces que el acreedor más listo y sagaz cobrara por entero su crédito, de tal manera que se agotase el peculio; sino que todos los acreedores concurrían a prorrata (D.14,4,5,5-6 y 19), cobrando proporcionalmente sus créditos y el mismo *paterfamilias* no podía descontar directamente del peculio todo su crédito como sucedía en la *actio de peculio*, por lo que concurría proporcionalmente y en pie de igualdad con los demás acreedores (D.14,4,1 pr y D.14,4,6).⁶³

Se podía optar entre la *actio de peculio* y la *tributoria* según las circunstancias de los negocios llevados a cabo y su rendimiento económico (D.14,4,11), pero una vez ejercida la opción no había posibilidad de regreso para intentar la otra. Sin embargo Ulpiano en D.14,4,9,1, sostenía que “cualquiera debe elegir la acción que usará, si la de *peculio* o la *tributoria*, sabiendo que no habrá de tener regreso para la otra. Mas si alguien quisiera ejercitar por una causa la acción *tributoria* y por otra la de *peculio* deberá ser oído”.⁶⁴

o el esclavo algo referente a este peculio, el pretor ha establecido lo siguiente: que todo este capital y las ganancias que se hubieran logrado sean distribuidas en proporciones a prorrata entre el *pater* o el *dominus* si algo se le debiera y a los otros acreedores. Y si los acreedores se quejaron que se les ha distribuido menos de lo que se les debiera haber distribuido entonces se le ofrécia esta acción.”

⁶² Gayo, *Institutas...*, cit., p. 316.

⁶³ Bonfante, P., *op. cit.*, pp. 177 y ss. En concordancia Torrent, A., *op. cit.*, p. 522. “Cuando concurrían varios acreedores sobre el peculio pero éste no bastaba y el *pater* figuraba como acreedor, se llegó a una racionalización de las cuentas y se realizó un reparto de las posibilidades del peculio entre todos los acreedores. El *pater* era llamado a participar en un descuento del crédito junto con los demás acreedores. El *pater* concurría contribuyendo con una pérdida proporcional en el peculio. Podía suceder que él fuera el principal acreedor y se le llamaba para que tomase parte en el reparto del peculio”.

⁶⁴ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 127. En concordancia Gayo, *Institutas...*, cit., p. 318 (Gayo 4,74a): “...aquél que se beneficia de la *actio tributoria* puede accionar por la *actio de peculio et in rem verso*, pero en este caso resulta lógico, la mayoría de las veces que se utilice ésta y no la *actio tributoria*. En efecto, en la *actio tributoria* sólo se tiene en cuenta el peculio que el *filius* o el esclavo ha empleado en el negocio y las ganancias que en él se logren, mientras que en la *actio de peculio* se tiene en cuenta todo el peculio. Así, se puede emplear en el negocio sólo una tercera o una cuarta parte o una parte menor y en cambio la mayor parte del peculio ocuparla en otros asuntos. Con mayor razón, debemos preferir ésta acción a la *actio tributoria* si se puede probar que el producto de lo contratado hubiera enriquecido el patrimonio del *pater* o del *dominus*, ya que como dijimos se acciona por la fórmula para la *actio de peculio y la*

5. Actio de peculio

Apunta a la responsabilidad solidaria del *pater* cuando había entregado un peculio profecticio al *filius*, otorgándole la facultad de administración, respondiendo el *filius* por ese peculio junto con el *pater* que había autorizado la gestión. Como al hijo no podía demandársele ni aún con el peculio, era el *pater* el que lo hacía, porque el peculio era de éste.⁶⁵

El pretor autorizó a los terceros ejercer la *actio de peculio*, cuando habían contratado con el *filiusfamilias* y éste incumplía la obligación contraída, por

de in rem verso". "Las acciones que se pueden llevar contra los *filiifamilias*, tiene trascendencia el Senadoconsulto Macedoniano (D.14.6), éste fue debido a la situación particular de que los jóvenes romanos pedían sumas de dinero a intereses elevados para gastarlos en costumbres disipadas; uno de ellos, Macedo, apremiado por su usurero, dio muerte a su padre para heredarlo y de éste modo pagar, este senadoconsulto tuvo lugar en la época de Vespasiano que no había hecho más que renovar los principios de una ley de Claudio. En su parte sustancial prohíbe el préstamo de dinero a los *filiifamilias* y si ello ocurría se otorgaba al demandado una *exceptio* para repeler la acción de cobro (D.14.6.1 pr.- I.4.7.7). De ello se deducen sus reglas fundamentales: a) este senadoconsulto fue establecido más en beneficio del *pater* que del *filius*, luego se extendió la aplicación respecto de la filia (D.14.6.9.2 y 14); por ello el hijo no podía renunciar éste beneficio (C.2.3.29- D.12.6.40), pero si el *pater*, razón por la cual no puede ser opuesta cuando éste voluntariamente ha accedido al préstamo es decir el caso de la *actio quod iussu* (Gayo IV.70) o en los casos de la *actio exercitoria* y la *institoria* (Gayo IV.71), o cuando éste se beneficiaba *actio in rem verso* (Gayo IV. 72 a), ni tampoco en la *actio de peculio* (D.14.6.7.11/12). Tampoco tiene lugar si el hijo miente diciendo ser *sui iuris* (C.4.28.1), ni si tenía un peculio castrense o cuasi castrense, ya que se responde hasta el monto de ellos (D.14.6.1.3. y D.14.6.2). b) otorga una *exceptio* y no una *actio*; por ello si el *filius* o el *pater* pagan no pueden repetir lo pagado por la *condictio indebiti* (D.12.6.40, D.14.6.10). c) sólo se refiere a los préstamos de dinero en detrimento del *pater*; por ello no se aplica respecto de préstamos aún de dinero, pero moderados para fines útiles, como ser estudios (D.14.6.7.13), ni se refiere a préstamo de otras cosas fungibles, salvo que hubieran ocurrido para disfrazar el préstamo de dinero (D.14.6.7.3). Este último caso ocurría en el contrato llamado bárbaramente mohatra que consistía en dar a quien necesitaba dinero mercaderías a muy alto precio para que después las venda a precio vil y obtenga de este modo dinero (*cf.* Heineccius, n. 1167)". En Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 107 "La acción *tributoria* era rigurosa si se le había consentido a hacer objeto de especulaciones comerciales".

⁶⁵ Torrent, A., *op. cit.*, p. 521. "La institución del peculio representó el mayor quebranto al poder único del *pater*, constituía un pequeño patrimonio que el *pater* entregaba a sus *filiis* para que éstos lo administrasen (D.15.1.5.4), dentro de los límites fijados por él, pero no le otorgaba la propiedad de éstos bienes ni el derecho a disponer de los mismos, porque si el hijo moría éstos regresaban al *pater* por derecho de peculio. Era como una contabilidad separada o sea, una administración aparte que el hijo podía administrar pero que no era suyo. Jurídicamente el peculio era del *pater*." En el mismo sentido Bonfante, P., *op. cit.*, p. 177 y Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 107. Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 308. "Esta acción se refería al peculio profecticio, porque si se trataba del peculio castrense o cuasi castrense, el *filius* tenía capacidad patrimonial y podía ser directamente demandado (D.49.17.18.5)".

lo que el *iudex* condenaba al *pater* en la medida del monto de los bienes del peculio, es decir, que la *condemnatio* era *cum taxatione* (Gayo 4,72-74^a - D.15,1,1 pr. y ss.). Esta acción procedía cuando el *filius* realizaba negocios sin autorización expresa ni general del *pater* con el peculio otorgado. El fundamento se basaba en que si el *pater* le había concedido un peculio, se reputaba que lo autorizó a celebrar contratos en base a dicho peculio, así lo expresó Ulpiano en D.15,1,46: “El que concede la administración del peculio, parece que permite en general lo que también en especial ha de permitir”.⁶⁶

Para el cálculo del monto del peculio había que deducir los créditos que el *pater* o el *dominus* tuvieran con el *filius* o el esclavo (Gayo 4,73 – I.4,7,4c) e incrementarlo con lo que ellos les debieran, así como lo que hubieran detraído del peculio en perjuicio de los acreedores (D.15,1,21,1).⁶⁷ A diferencia de la *actio tributoria*, el monto del peculio se ve reducido en la medida en que el *pater* tenga créditos naturales contra el *filius* o el esclavo; el *pater* actuaría como un acreedor privilegiado (D.15,1,10 y D.15,1,11,6).⁶⁸ Los acreedores podían ejercer esta acción según el orden de las demandas, el *pater* no debía prorratar entre todos los acreedores. El que lo hacía primero cobraba todo su crédito, siempre y cuando existiesen fondos, luego se pagaba a los siguientes acreedores hasta que se agotaba el peculio (D.15,1,10).⁶⁹ Cuando los acreedores demoraban en exigir sus créditos y encontraban que el peculio se había agotado, no pudiendo cobrar, se les otorgaba la acción de peculio y la de *in rem verso*, por ésta última, si el peculio estaba agotado, se iba contra el *pater* en la medida del enriquecimiento. La fórmula en estos supuestos llevaba una doble *condemnatio* (I.4,7,4).⁷⁰ La *actio de peculio* y la *in*

⁶⁶ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 125.

⁶⁷ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 308.

⁶⁸ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 125.

⁶⁹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 308.

⁷⁰ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 126. Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 681. “La *intentio* de la fórmula indicaba la operación hecha por el esclavo, y la *condemnatio* era doble; el juez podía condenar al dueño hasta donde le hubiere alcanzado el provecho, o sólo hasta donde alcanzase el peculio, ó aún condenar al dueño hasta donde llegue el provecho obtenido por él y por el resto, hasta donde alcance el peculio. El juez no debía apreciar el peculio hasta que examinase si el negocio había reportado alguna utilidad al amo. Paulo y Ulpiano opinaban que cuando el esclavo había hecho que la operación suya resultase provechosa a su dueño, su peculio pertenecía al amo y sus deudas lo aumentaban, no pudiéndose en este caso intentar la acción de *peculio* sin ejercer al mismo tiempo la de *in rem verso*. Algunas veces importaba ejercer la de *in rem verso*, cuando el esclavo no había tenido peculio o no tenía bastante; cuando moría, o era manumitido o enajenado o había pasado un año útil; o si un acreedor del esclavo podía ejercer contra el dueño la de *in rem verso*, y tenía intereses en no hacerlo de *peculio* para que los demás no concurriesen con él. Por consiguiente, aunque las dos modificaciones de *in rem verso* y de *peculio* estaban, por regla general, comprendidas en una fórmula, en muchos casos

rem verso se trata de una sola acción con dos condenaciones distintas, si el *pater* o el *dominus* se había enriquecido quedaba obligado a tener que devolver el monto por la condena de *in rem verso* que era perpetua y el resto por la condena de peculio (I.4,7,4 y D.15,3,2). El valor del enriquecimiento en el momento de la condena determinaba el límite de la responsabilidad del *pater* o amo (Gayo 4, 72a y D.15,3,1,1).⁷¹

La *actio de peculio* era en principio perpetua, mientras el *filius* permanecía *in potestate*, pero si moría o salía de ella, por la emancipación y en caso de ser un esclavo por medio de la manumisión, la acción se daba dentro del año (D.15.2,1 pr. y 1: *actio annalis* y D.14,1,4,4).⁷²

Del mismo modo que en la *tributoria*, cuando los hijos y no los esclavos celebraban un mutuo sin acuerdo de su *pater*, la *actio de peculio* se veía impedida por la *exceptio senatusconsulti Macedoniani* que prohibió los préstamos hechos a los *filiusfamilias*. El pretor ya denegaba la acción del mutuo (*actio-condictio certae pecuniae*) o integraba la fórmula con la excepción señalada.⁷³

6. Actio in rem verso

Tiene como base una gestión del peculio. Cuando el hijo operando con bienes del peculio había hecho entrar en el patrimonio del *pater* algún provecho, los eventuales acreedores podían dirigir la acción contra el *pater* por el negocio realizado. Esta acción se dirigía de *eo qui in rem patris versus est*: por lo que el *pater* ha adquirido a cuenta del peculio del *filius*.⁷⁴ Esta acción presuponía un enriquecimiento del *pater* por los negocios realizados por el *filius*,

sucedía que llegaban a separarse, y una tan sola se usaba. Por eso aparecen unas veces como una y otras como dos acciones”.

⁷¹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 308. Y en Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, cit., p. 175. Lenel, O., *op. cit.*, pp. 318 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII-104.

⁷² Di Pietro, A., *Derecho Privado Romano...*, cit., p. 308. En concordancia Gayo, *Institutas...*, cit., pp. 316 y ss.

⁷³ Di Pietro, A., *Derecho Privado Romano...*, cit., p. 308.

⁷⁴ Torrent, A., *op. cit.*, p. 522. En el mismo sentido Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 308. “Si el esclavo que había invertido el dinero que pidió en préstamo para pagar a un acreedor del *dominus*; o para refaccionar un edificio ruinoso, o comprar para la casa del *dominus*, o un fundo u otra cosa necesaria (I.4.7.4). El valor del enriquecimiento en el momento de la condena determina el límite de la responsabilidad del *pater* o del *dominus* (Gayo IV. 72 a - D.15.3.1.1)”. Lenel, O., *op. cit.*, I, pp. 318 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del Pretor en el título XVIII-104.

según Pomponio en D.50,17,206 “es justo por derecho natural, que nadie se enriquezca con detrimento e injuria de otro”.⁷⁵

Mientras que en el derecho clásico la *actio in rem verso* se ejercía conjuntamente con la de *peculio* y llevaba una doble *condemnatio*, en la que el juez condenaba al *pater* hasta la medida del peculio o hasta el monto del enriquecimiento experimentado.⁷⁶ En el derecho justiniano se afirmó como regla general que se podía ejercer en forma independiente, concediéndose una *actio in rem verso utilis* en el todos los casos en que el *procurator* tenía la *actio mandati* o el gestor de negocios la *actio negotiorum gestorum* (D.15,3,3,2). Además extendió la acción admitiendo la responsabilidad por la actuación de una persona libre extraña (C. 4,26,3 *in fine*).⁷⁷

La acción era procedente con tal que lo invertido haya sido útil al *pater*.⁷⁸ En tanto, Justiniano en I.4,7,4 entendía por “beneficio” lo invertido en algo “necesario”. Ulpiano en D.15,3,3,2; 4; 5 pr. y 2, admitió que el empleo haya sido “útil”, y aún cosas de adorno, (el acreedor podía sacárselas D.15,3,3,4). La acción era perpetua, se accionaba contra los sucesores (D.15,3,1,1).⁷⁹

IX. CONCLUSIONES

El principio de responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores consagrado en el artículo 1114 del Código Civil, tiene o no origen romanista? El viejo artículo 1114 redactado por Vélez, no cita en su nota ninguna fuente directa romana, sino que hace referencia al artículo 1384 del Código Civil Francés, a través de la obra de Aubry y Rau y del Proyecto de García Goyena. En 1985, por la ley 23.264 de patria potestad compartida, reformó el texto del artículo 1114 modificando sustancialmente el ejercicio de la patria potestad, que pasa a ser ejercida en forma conjunta por el padre y la madre, por ello, es consecuente que la responsabilidad de los progenitores pasó a ser solidaria.

Autores civilistas sostienen que este principio en cuestión no tiene su origen en el Derecho Romano, sino que su fuente más antigua se remonta al artículo 656 de la Costumbre Bretaña, que disponía: “Si el hijo daña injustamente a otro, mientras está bajo el poder de su padre, el padre debe

⁷⁵ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 127.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 127 y ss. En concordancia Talamanca, M., *op. cit.*, pp. 88 y ss. En el mismo sentido Gayo, A., *Institutas...*, *cit.*, pp. 316 y ss.

⁷⁷ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 309.

⁷⁸ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 128.

⁷⁹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 309.

pagar la multa civil, por aquello de que él debe castigar a sus hijos”, esto fue recogido por los redactores del Código de Napoleón que se inspiraron en él para la redacción del artículo 1384 que expresa:

Se es responsable, no solamente del daño que se causa por el propio hecho, sino también del que es causado por el hecho de las personas por las que debe responderse o por las cosas que se tienen bajo guardia. El padre, y la madre luego del deceso del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos... La responsabilidad de ellos queda comprometida a menos que el padre y madre, el director y artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad.

Por consiguiente, explican que en el derecho romano la responsabilidad del *pater* por los daños causados por sus *filius* o esclavos no puede compararse con la responsabilidad por el hecho ajeno de las legislaciones positivas modernas, ya que era una responsabilidad más “real” que “personal”, puesto que la obligación del padre se cumplía, haciendo el abandono del hijo y dejándolo en poder del ofendido. Consideran que si bien existe algún parecido con la responsabilidad actual, la responsabilidad del padre en Roma era sólo un efecto eventual de la acción noxal. La responsabilidad del *pater* era ilusoria, dadas las dificultades que se presentaban al reclamo judicial en su contra, porque que un acreedor de una indemnización por un daño provocado por un *filius* no estuvo en condiciones reales de demandar judicialmente al *pater* y obtener una condena dineraria contra éste, si el mismo no ofrecía el pago en reemplazo del abandono de su hijo. Además agregan que cuando Justiniano abolió las acciones noxales respecto de los *filius in patria potestas*, los padres dejaron de responder por los actos ilícitos de los hijos, los cuales eran los únicos responsables y respondían con los fondos de sus peculios profecticio, castrense, cuasi-castrense o adventicio.

Los civilistas incurren en varios errores, porque desconocen o confunden la evolución y funcionamiento de las instituciones romanas, como por ejemplo la acción noxal, las acciones de transposición de personas, el procedimiento ordinario, los peculios, las obligaciones y por ende el principio de responsabilidad. Sólo analizan una institución o un aspecto de ella, sin situarla en un momento histórico y sin relacionarla con otras instituciones.

Por lo tanto, el *pater* o *dominus* en Roma, es responsable por los daños que ocasionaban sus hijos o esclavos. Cuando se analiza la diferencia entre una obligación alternativa y una facultativa, se define a esta última como aquella que posee una sola prestación y es la única que puede exigir el acreedor. Pero el deudor puede liberarse porque se reserva la facultad

de cumplir con otra cosa distinta: está *in facultas solutionis*. Si se pierde la que se encuentra *in obligationem* se libera el deudor. Si se pierde la que se encuentra *in facultas solutions* se extingue la opción. Como ejemplo de casos de obligaciones facultativas netamente romanas se da el de la responsabilidad del amo o *pater* por un delito civil cometido por su esclavo o *filius*, en donde éste se encontraba *in obligationem* de entregar al esclavo o al hijo a la víctima, darlo en noxa, pero tenía la facultad, es decir, estaba *in facultas solutionis* de pagar si no quería entregarlo. (La obligación principal es entregarlo, si no quiere entonces tiene la facultad de pagar). El mismo caso pero visto desde otra óptica, es cuando el amo o *pater* no hace ninguna de las dos cosas, por lo tanto es demandado, en la sentencia del proceso ordinario se obliga a pagar, ya que las mismas son siempre pecuniarias, y esa es la obligación principal (*in obligationem*), pero tiene la facultad de entregar al hijo o al esclavo (*in facultas solutionis*), ya sea que no pueda o no quiera pagar. Entonces el *pater* cumplía de alguna de las dos maneras, esto no significa que se exima de responsabilidad por hacer el abandono noxal, él era responsable indirecto por los daños ocasionados por sus hijos o esclavos, por consiguiente es erróneo decir que el procedimiento contra los *patres* no era real. Además si bien es cierto que existieron distintos tipos de peculios como el castrense, el cuasi-castrense y el adventicio que pasaron a ser de la propiedad de los *filius* y éstos debían responder con ellos en caso de obligaciones contraídas, no olvidemos que en el caso del peculio profecticio que era aquél que el *pater* le daba al hijo y el peculio *servile* cuando el amo se le daba al esclavo, en realidad estos peculios eran de la propiedad del *pater*, si los *filius* o los esclavos realizaban negocios con dichos peculios, en realidad lo obtenido beneficiaba al padre y en caso de que terceros resultaran perjudicados, demandaban a al amo o al *pater*, utilizando una fórmula de transposición de persona o de sujeto, en donde en la *intentio* figuraba el nombre de quién contrajo la obligación, es decir el hijo o el esclavo, pero en la *condemnatio* se lo reemplazaba por el *pater* o amo que era un *sui iuris*, dado que el *filius* por ser *alieni iuris* no se lo puede condenar.

Por todo lo expuesto, podemos decir, que el artículo 1114 del Código Civil de Vélez sí tiene origen romanista a pesar que nuestro Codificador no haya citado ninguna fuente romana en la nota de dicho artículo. Actualmente el artículo 1754 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que reproduce con otras palabras el criterio de Vélez sobre la responsabilidad parental por los daños ocasionados por los hijos, sigue con la tradición romanista.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- ÁLVAREZ, M., *Temas de derecho privado romano. Familia. La concepción romana de comunidad familiar en el orden patrimonial. El filius familias como instrumento de adquisición del pater. Acciones adiecticiae qualitatis*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1999.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 10ª ed. italiana, por José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- BONFANTE, P., *Instituciones de derecho romano*, trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Reus, 1965.
- BORDA, G., *Tratado de derecho civil: obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1998, t. II.
- BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, t. II.
- CIFUENTES, S. y SAGARNA, F., *Código Civil: comentado y anotado. Artículos 801 a 1136*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. III.
- Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2014.
- DI PIETRO, A., *Derecho privado romano*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho romano*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- GARCÍA DEL CORRAL, D.I. (trad.), *Cuerpo de derecho civil romano*, Barcelona, Lex Nova (reimpresión), 1897.
- GAYO, *Institutas*, trad., introd. y notas de Di Pietro, A., La Plata, Librería Jurídica, 1967.
- LAPIEZA ELLI, *Historia del derecho romano*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1981.
- LENEL, O., *Essai de reconstitution de l'Edit Perpetuel*, trad. por Frédéric Peltier, París, Larose & Forcel, 1901, t. I.
- LLAMBÍAS, J., *Código Civil anotado. Doctrina y jurisprudencia. Artículos 896 a 1136*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, t. II-B.
- LLAMBÍAS, J., *Tratado de derecho civil: obligaciones*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, t. IV-A.
- MOSSET ITURRASPE, J., D'ANTONIO, D. y NOVELINO, N., *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 1998.
- ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, trad. de Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Madrid, Librería de Hijos de Locadio López, 1873, t. II.

- Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infocus, 2012.
- RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Ley de las XII Tablas*. Estudio preliminar, traducción y observaciones, Madrid, Tecnos, 1993.
- SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes De Las Obligaciones*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1958, t. IV.
- TALAMANCA, M., *Elementi di diritto privato romano*, Giuffrè, Milano, 2001.
- TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, Cooperativa de Artes Gráficas, 1995.
- TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. IV.
- ZANNONI, E., *Derecho civil: derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998, t. II.

CONCESIONES DE BIENES PÚBLICOS Y DAÑOS DE LOS TERCEROS: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CLÁUSULA 'SINE INIURIA PRIVATORUM'

Andrea TRISCIUOGGIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La cláusula 'sine iniuria privatorum' en las fuentes romanas*. III. *Remedios procesales a disposición del tercero*. IV. *Edad Media y Moderna: la cláusula 'sine iniuria privatorum' prevalece sobre la cláusula 'non obstantibus'*.

I. INTRODUCCIÓN

En su tratado sobre la propiedad pública de la primera mitad del siglo XVIII, el jurista francés Jean Baptiste Victor Proudhon (1758-1838),¹ al tratar el tema de las concesiones públicas, recuerda la todavía vigencia del principio de tradición romanística: *'beneficium principis nemini debet esse damnosum'*.

De acuerdo con su formulación, este principio dice mucho acerca de los valores aceptados, pudiéndose apreciar *in se* una adaptación del célebre *praeceptum iuris* ulpiano *'neminem laedere'* a las relaciones de naturaleza publicística. Sin embargo, no dice nada en lo atinente a la responsabilidad por el eventual daño provocado y la concreta aplicación del principio en sede procesal. El significado es claro: la concesión del Príncipe, por ejemplo, en un supuesto de construcción en lugar público y, por extensión, de cualquier

¹ Cfr. Proudhon, Jean Baptiste Victor, *Traité du domain public ou de la distinction des biens*, Bruxelles, Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, 1835, t. II, núm. 1105, p. 87; dicho autor, considerado como el primer exegeta del Código de Napoleón, muestra una inclinación a hacer prevalecer la ciencia del derecho sobre la ley: cfr. recientemente Audren, Frédéric y Halpérin, Jean-Louis, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIXe - XXe siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013, pp. 25 y ss.

autoridad pública, no debe provocar daños a terceros. Al mirar la historia del principio, cabe decir que “*nemini*” no puede comprender al concesionario. Ahora bien, si el tercero sufre un daño por parte del concesionario como consecuencia de una actividad autorizada por el príncipe, en ese caso, ¿quién responde del daño?, ¿el príncipe, el concesionario o ambos?, y si hay una responsabilidad de estos sujetos, ¿cuáles son los medios procesales de los que puede servirse el perjudicado?

Estos son problemas que hoy en día, tanto en España como en Italia, son objeto de estudio con una distinta sensibilidad por parte de quienes cultivan el derecho administrativo después de que, durante mucho tiempo, las Administraciones Públicas concedentes se hubiesen sustraído a la responsabilidad en caso de daños causados al tercero por el concesionario con un simple expediente en el que se introducía la cláusula ‘sin perjuicio de terceros’ en el acto de concesión. Con esta cláusula, la Administración Pública quería que se permitiese una determinada actividad *mientras que* no fuese dañosa para terceros, por lo cual el daño causado por el concesionario permanecía siempre fuera del perímetro de cuanto era concedido y, con ello, atendía exclusivamente a las relaciones entre tercero y concesionario que era el único sujeto responsable.² La cláusula ‘sin perjuicio de terceros’, que podría ser considerada como una *condicio iuris* aparentemente inútil,³ en realidad tenía un efecto importante por lo que se refiere a la atribución de la responsabilidad única al concesionario. La presencia de la cláusula, también implícita,⁴ no permitía llamar a juicio a la Administración concedente alegando su responsabilidad directa, o bien indirecta, por *culpa in vigilando*.

Nuevas perspectivas se han ido imponiendo progresivamente, *grosso modo*, a partir de la mitad del siglo pasado a través de disposiciones legislativas, posicionamientos doctrinales y sentencias judiciales, de tal modo que podríamos aseverar que actualmente se puede configurar jurídicamente una responsabilidad civil de la Administración Pública, tanto en Italia como en España, en donde se puede apreciar su contribución al supuesto de daño sufrido por un tercero. Piénsese, para la concesión de construcción, en el supuesto de que el daño sea reconducible también a la actividad de ubi-

² Tal expediente era interpretado de este modo por una doctrina autorizada: Ranelletti, Oreste (“Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative II”, *Rivista italiana di scienze giuridiche*, Italia, núm. 21, año 1896, pp. 85 y ss.) en Italia y Villar Palasí, José Luis (“La eficacia de la concesión y la cláusula «sin perjuicio de tercero»”, *Revista de Administración Pública*, España, año 1951, núm. 5, pp. 166 y ss.) en España.

³ Cfr. en particular Lucifredi, Roberto, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Giuffrè, Milano, 1941, pp. 70 y ss.

⁴ Se consideraba que la cláusula se tenía por puesta aunque no estuviese expresada.

cación de la obra pública y de la preparación del proyecto correspondiente realizadas por la Administración.⁵

Se podría, por tanto, observar que el principio ‘*beneficium principis nemini debet esse damnosum*’, que proviene de la tradición romanística, se ha enriquecido en los últimos años con nuevas especificaciones en lo atinente al concreto aspecto de la responsabilidad por el daño provocado en la ejecución de una concesión pública. Estoy convencido de que estas especificaciones se podrán percibir mejor si se tiene en cuenta el modo en que tal principio se ha formado y consolidado en el seno de la tradición romanística, lo que supone partir del derecho romano y de las soluciones que aporta al problema del daño causado al tercero por el concesionario.⁶

II. LA CLÁUSULA ‘*SINE INIURIA PRIVATORUM*’ EN LAS FUENTES ROMANAS

Cuando Proudhon, en el tratado citado *supra*, se refiere al principio ‘*beneficium principis nemini debet esse damnosum*’, aporta como base textual del mismo D.43,8,2,10;⁷ un paso que pertenece al libro 68 del comentario *ad edictum* de

⁵ Cfr. en España Bocanegra Sierra, Raúl, “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, España, año 1994, núms. 237-238, pp. 207 y ss.; Fernández Acevedo, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007, pp. 267 y ss., especialmente pp. 273 y ss.; Alonso García, María Consuelo, “La responsabilidad patrimonial frente a terceros por la ejecución del contrato de concesión de obra pública”, en Puerta Seguido, Francisco Eusebio (coord.), *El contrato de concesión de obras públicas en la ley de contratos del sector público*, Madrid, La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2009, pp. 229 y ss.; López Menudo, Francisco, “La vieja cláusula «sin perjuicio de tercero» y la administración del porvenir”, *Revista de Administración Pública*, España, año 2013, núm. 191, pp. 477 y ss.; en Italia Delpino, Luigi y del Giudice, Federico, *Diritto amministrativo*, 26ª ed., Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2010, pp. 671 y ss.; Cass. civ. it., Sez. I, 3-7-2013, núm. 16619.

⁶ En general, sobre las concesiones públicas en Roma cfr. Lepore, Paolo, “A proposito del fenomeno delle ‘concessioni amministrative’ nell’esperienza romana”, *Rivista storica dell’Antichità*, Italia, año 2012, núm. 42, pp. 201 y ss., y bibliografía citada. A propósito de la concesión administrativa sobre suelo público edificable, véase Castán Pérez Gómez, Santiago, *Regimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 151 y ss.

⁷ D.43,8,2,10 (Ulp. 68 *ad ed.*) Merito ait praetor “*qua ex re quid illi damni detur*”: *nam quotiensque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiusquam fiat. Et ita solet princeps, quotiens aliquid novi operis instituendum petitur, permittere*; Villar Palasí, José Luis, *Técnicas remotas del derecho administrativo*, Madrid, INAP, 2001, p. 49, apela a D.43,8,2,16 (cfr. *infra*, nota 15); véase también, más en general sobre los *beneficia* imperiales, el rescripto de Diocleciano en C.8,48,4. *Nec avus neptem suam liberare potestate cogitur nec in cuiusquam iniuriam beneficia tribuere moris est nostri*.

Ulpiano en el cual el jurista severiano recuerda una praxis, según el derecho entonces vigente y constantemente observada por la cancillería imperial de su tiempo. En dicha praxis, la *permissio* para la construcción por un particular de una obra nueva en suelo público, era comúnmente acordada “*ita ut sine iniuria cuiusquam fiat*”, de tal modo que se evitasen a los terceros los daños no justificados por el derecho.

Tal cláusula, especialmente en su variante “*sine iniuria privatorum*”, tiene una historia más antigua, dado que la encontramos ya en las fuentes que van del siglo I a.C. al siglo I d.C.⁸ En primer lugar, en los ordenamientos municipales, en los que se autoriza a los magistrados ciudadanos a realizar trabajos de interés público dentro del término municipal, en tanto que no se haga con daño, *contra ius*, del particular.⁹ A su vez, en un senadoconsulto del 11 a.C., testimoniado por Frontino en su obra dedicada a los acueductos de Roma, en el que se permite, para realizar las obras de reparación de los mismos a cargo de Augusto, sacar materiales de construcción de los terrenos vecinos de los particulares y además se autoriza el paso de los trabajadores sobre esos terrenos, siempre que se realice *sine iniuria* de los particulares.¹⁰ A la luz de las fuentes citadas cabe afirmar que el límite establecido en nuestra cláusula, no sólo operaba en aquellas concesiones que presentaban un interés prevalente de un único concesionario,¹¹ sino que también encontraba aplicación en el campo de los trabajos de interés general bajo una gestión directa de la Administración o indirecta a través de contratos a favor de los *redemptores*.

La cláusula, por otro lado, se evidencia no sólo en fuentes normativas de carácter general sino también en los documentos de la praxis administrativa de época severiana. Me refiero a la inscripción que contiene la *petitio* de L. *Septimius Adrastus*, liberto del emperador Septimio Severo y *procurator* de la columna conmemorativa del difunto emperador Marco Aurelio.¹² Con tal

⁸ Al respecto *cf.* Kränzlein, Arnold, “*Sine iniuria privatorum*”, en von Klingenberg, Georg - Rainer, J. Michael - Stiegler, Herwig (hrsg.), *Vestigia iuris Romani*. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992, Graz, Leykam Verlag, 1992, pp. 279 y ss. [= en Id., *Schriften*, hrsg. von Rainer, J. Michael, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2010, pp. 233 y ss.].

⁹ *Cfr.* *Lex Tarent.*, cap. 5; *Lex Urson.*, cap. 77; *Lex Irnit.*, cap. 82.

¹⁰ *Cfr.* Front. *De aq.*, cap. 125; véase también la propuesta de senadoconsulto en Cic., *Philipp.* 5.19.53 (“...*qui sine iniuria privatorum dividi possent...*”).

¹¹ Entre estas concesiones podemos incluir, además de las referidas a la construcción en lugar público, las de derivación de aguas públicas. Para el *aqua caduca* *cf.* *Lex Urson.*, cap. 100; para el *aqua de flumine publico*; *cf.* D.8,3,17.

¹² *Cfr.* *Hosp. proc. col. div. Marc.* (año 193 d.C.), en *FIRA*. III, núm. 110a, p. 360: “*Libellus L. [Septimii Aug(usti) l(iberti) Adrasti ex officio] operum publ[icorum in haec verba] scripta: Severo [Augusto]. Domine permitta[s] rogo, ut rectius fungar off[icio] meo, pos<t> colu[m]nam centenariam divorum] Marci et*

petición, *Adrastus* quería obtener de la cancellería imperial el permiso para construir, a su cargo, un *hospitium* que sirviese de casa propia y como puesto de guardia del área monumental que se hallaba entorno a la columna de Marco Aurelio. De hecho, ya en esta petición de concesión está presente la cláusula “*sine iniuria cuiusquam*”¹³ con la cual *Adrasto* asume la obligación de no causar daño a terceros en el desarrollo de los trabajos. Todo, testimonios e indicios, da a entender que la cláusula se recoge en la respuesta oficial positiva proveniente de la cancellería de *Septimio Severo*, esto es, el acto de concesión que tenía la forma de una *subscriptio* o de una separada *epistula*.¹⁴

Cuando *Ulpiano*, en el libro sexagésimo octavo *ad edictum* recordaba la costumbre del Príncipe de permitir las construcciones *in publico loco*, “*ita ut sine iniuria cuiusquam fiat*”, probablemente, tenía en mente casos de este tipo y el hecho de que nuestro jurista hubiese ocupado el cargo de *magister libellorum*, nos permite hipotizar que tenía un conocimiento directo de los mismos. Por otro lado, en el mismo libro del comentario *ad edictum*, el jurista de *Tiro* expone el caso de un aspirante a concesionario que pretende edificar *in publico loco*, pero sin especificar, como había hecho, en cambio, *Adrasto*, que la actividad de construcción habría evitado los daños a terceros. Para ser precisos, se utiliza esta vez el término *incommodum*, que se refiere, en sentido propio, a la pérdida de utilidad de un inmueble. Según *Ulpiano* no hay duda de que el concesionario deberá, en todo caso, respetar la propiedad de los otros, a menos que fuese expresamente autorizado por el Príncipe a causar los *incommoda*.¹⁵ Tal excepción, que no parece interpolada por los compi-

Faustin[ae pecunia mea loco publico] pedibus plus min[us...hospitium me exstru]ere et in matri[culam referri, quod sine in]iuria cuiusqua[m fiat...]”; sobre esta epígrafe véase, entre los trabajos más recientes, *Moore, Daniel W.*, “A Note on CIL VI.1585a-b and the Role of *Adrastus*, procurator of the Column of Marcus Aurelius”, *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, Deutschland, año 2012, núm. 181, pp. 221 y ss.; *Coriat, Jean-Pierre*, *Les constitutions des Sévères. Règne de Septime Sévère I*, Rome, École française de Rome, 2014, pp. 45 y ss.

¹³ La reconstrucción de *Mommsen* “[*sine in]iuria cuiusqua[m fiat...]*” hay que considerarla fiable: véase *Fiorentini, Mario*, *Fiumi e mari nell’esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 305; *adde Dubouloz, Julien*, “Acception et défense des loca publica, d’après les *Variae* de *Cassiodore*. Un point de vue juridique sur les cités d’Italie au VI^e siècle”, *Les cités de l’Italie tardo-antique (IV^e-VI^e siècle). Institutions, économie, société, culture et religion*. Études réunies par *Ghilardi, Massimiliano - Goddard, Christophe J. - Porena, Pierfrancesco*, Rome, École française de Rome, 2006, p. 58, nota 39.

¹⁴ *Cfr.* al respecto *Kolb, Anne*, *Die kaiserliche Bauverwaltung in der Stadt Rom. Geschichte und Aufbau der cura operum publicorum unter dem Prinzipat*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1993, pp. 40, 314.

¹⁵ D.43,8,2,16 (*Ulp. 68 ad ed.*) *Si quis a principe simpliciter impetraverit, ut in publico loco aedificet, non est credendus sic aedificare, ut cum incommodo alicuius id fiat, neque sic conceditur: nisi forte quis hoc impetraverit.*

ladores justinianos,¹⁶ permite, ciertamente, configurar formas legítimas de lesión del derecho de propiedad de un tercero desde el instante en que son autorizadas por el Príncipe. Es probable que en el momento del examen de la petición de la concesión, por tanto, preventivamente, la cancellería imperial intentase conciliar los diversos intereses en juego: los del tercero, los del concesionario y, no lo olvidemos, los del *aerarium-fiscus* que recibían de éste el *solarium*.¹⁷ Añádase que, en el ámbito que aquí se examina, se confirma la inclinación general de la Administración imperial a actuar después de una petición del ciudadano, más que a hacerlo autónomamente.¹⁸

III. REMEDIOS PROCESALES A DISPOSICIÓN DEL TERCERO

Querría ahora detenerme brevemente en los medios que tenía a su disposición el tercero en el caso de daño causado por un concesionario público, refiriéndome, tendencialmente, al derecho romano clásico. En primer lugar, el edicto del pretor contenía un interdicto de naturaleza prohibitoria, llamado, en base al *incipit* de la promesa edictal, “*ne quid in loco publico fiat*”.¹⁹ Justo al

¹⁶ La eventual interpolación es sólo formal, no sustancial: *cfr.* Branca, Giuseppe, “Le cose extra patrimonium humani iuris”, *Annali triestini di Diritto, economia e politica*, año 1941, núm. 12, pp. 135 y ss. Ahora se tiende a no dudar de la genuinidad de la parte final “*nisi forte quis hoc impetraverit*”; *cfr.*, entre otros, Albuquerque, Juan Miguel, “Protección de bienes de dominio público: Experiencia administrativa romana”, en Fernández de Buján, Antonio (dir.), *Derecho administrativo histórico*, Santiago de Compostela, EGAP, 2005, pp. 42 y ss.; en contra, sin embargo, Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 13, p. 308 nota68.

¹⁷ Denominación del particular *vectigal* a pagar *pro solo (publico)*: véase D.43,8,2,17; en doctrina, Castán Pérez Gómez, Santiago, *op. cit.*, nota 6, pp. 155 y ss.; Camodeca, Giuseppe, “Un nuovo decreto decurionale puteolano con concessione di superficiis agli Augustali e le entrate cittadine da solarium”, *Il capitolo delle entrate nelle finanze municipali in Occidente ed in Oriente*. Actes de la X^e Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie du monde romain, École française de Rome, Rome, 1999, pp. 14 y ss.; Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 13, pp. 306 y ss.; Suárez Blázquez, Guillermo, “Derecho de superficie ¿*ius in re aliena*? Negocio superficiario público-negocio superficiario privado en el derecho romano clásico”, *Revista General de Derecho Romano*, año 2011, núm. 16, p. 10.

¹⁸ *Cfr.* Bretone, Mario, *Storia del diritto romano*, Bari, Laterza, 1987, pp. 228 y ss.; Hauken, Tor, *Petition and Response. An Epigraphic Study of Petitions to Roman Emperors, 181-249*, Bergen, The Norwegian Institute at Athens, 1998, p. 298.

¹⁹ *Cfr.* D.43,8,2 pr. (Ulp. 68 *ad ed.*) *Praetor ait*: “*Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. De eo, quod factum erit, interdictum non dabo*”; sobre este interdicto *cfr.* Albuquerque, Juan Miguel, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 55 y ss.; Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 13, pp. 300 y ss.; De Marco, Nicola, *I loci publici dal I al III*

comentar tal interdicto, Ulpiano nos informa sobre la costumbre, arriba referida, de la cancillería imperial de otorgar las concesiones *ad aedificandum in solo publico* con una modalidad expresiva tal que excluya la *iniuria cuiusquam*. Por consiguiente, el tercero amenazado por un daño, podía parar inmediatamente los trabajos del concesionario gracias a la prohibición interdictal pretoria, siempre que, como hemos visto, el concesionario no hubiese recibido una autorización especial para causar *incommoda* a los terceros, en cuyo caso, el interdicto pretorio no podía, evidentemente, ser aplicado. A su vez, en ausencia de testimonios directos, podemos pensar en un concurso de las *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia* con el interdicto “*ne quid in loco publico fiat*”.²⁰ Así mismo, por lo que se refiere a los remedios privados de carácter restitutorio, útiles para restablecer la situación de los lugares públicos al estado anterior en el que estaban antes de empezar las obras del concesionario, nos debemos mover en el terreno de las conjeturas para hipotizar el uso del *interdictum quod vi aut clam*: se trata de una hipótesis que parece fundada, ya que en el supuesto considerado hay una actuación dañosa contraria a la autorización dada por el órgano concedente del suelo público.²¹

Además, creo que es bastante probable que el tercero amenazado de un daño pudiese reclamar, en el curso de los trabajos, la prestación de una *cautio damni infecti* al concesionario.²² La normal posición de independencia de

secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell'usus, gli strumenti di tutela, Napoli, Satura, 2004, pp. 3 y ss.; Scevola, Roberto ‘*Utilitas publica*’ II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, Cedam, 2012, pp. 75 y ss.; Giagnorio, Michele, “Il contributo del civis nella tutela delle res in publico usu”, *Teoria e storia del diritto privato*, año 2013, núm. 6, § 7. La referencia en la fórmula edictal al ciudadano en riesgo de sufrir un daño (“*illi*”), más que a *quibus de populo*, no permite considerarlo como un medio de naturaleza popular: *cf.* especialmente Santucci, Gianni, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, Cedam, 2001, pp. 138 y ss.

²⁰ Sobre la relación entre los dos medios cautelares *cf.* Melillo, Generoso, “«Interdicta» e «operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia»”, *Labeo*, año 1966, núm. 12, espec. pp. 194 y ss.; Santucci, Gianni, *op. cit.*, nota 19, pp. 132 y ss.

²¹ Sobre la aplicación de tal interdicto también al *facere in publico* *cf.* Fargnoli, Iole, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 92 y ss.; Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 13, pp. 294 y ss.; la opinión de Nerva en D.43,24,3,4 (Ulp. 71 *ad ed.*) se refiere, no obstante, al caso de una obra *in publico* objeto de concesión por parte de un funcionario de la periferia carente de *ius concedendi*, y no a la hipótesis por la cual el concesionario, legitimado por una autoridad competente, obra *in iniuriam privatorum*, violando de este modo el permiso que era normalmente limitado por nuestra cláusula de seguridad.

²² *Cfr.*, en relación a los *loca publica*, pero sin referencia a la figura del concesionario, D.39,2,15,9 (Ulp. 53 *ad ed.*) *De ceteris locis publicis nihil specialiter cavetur, verum ex generali sermone, quasi in alieno fiat, satisfari debet damni infecti*; D.39,2,19,1 (Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de damn. inf.*) *Sive aedium vitio sive operis, quod...in loco...publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat praetor, ut timentis damnum caveatur*; D.39,3,3,3 (Ulp. 53 *ad ed.*) *Quare si quis in publico opus faciat, haec actio (scil. aquae*

este último respecto a la administración²³ puede, en verdad, justificar, según mi parecer, el diverso tratamiento jurídico reservado al contratante público respecto a la utilización de la *cautio damni infecti*. Conocemos, de hecho, una opinión de Labeón, seguida por un convencido parecer de Ulpiano, por la cual el *redemptor*, autor de una *refectio* de un *locus publicus*, no puede ser llamado para que preste la *cautio* al tercero,²⁴ el cual, en el caso que advierta el riesgo de un daño en su fundo, deberá, más bien, acudir a la autoridad responsable, el *princeps* o el gobernador provincial, para que adoptase las medidas oportunas de carácter administrativo.²⁵ La imposibilidad de pedir la *cautio* al *redemptor* parece ser la consecuencia de su general irresponsabilidad respecto a las obras que se realizan, a fin de cuentas, siguiendo los mandatos de la autoridad competente.

Si consideramos ahora el daño verificado y la posibilidad de resarcimiento, cabe pensar en una acción contra el concesionario en el caso de que hubiese prestado la *cautio* (*actio ex stipulatu damni infecti*). Sin embargo, las fuentes no dicen nada, y en particular callan a propósito de la existencia de una acción de resarcimiento del tercero contra la administración concedente.²⁶ Para esta última eventualidad, creo que no se trata de un

pluviae arcendae) cessat, sibi que imputare debet is, qui damni infecti cautione sibi non prospexit; en términos más explícitos, D.39,2,15,26 (Ulp. 53 ad ed.) *Si de vectigalibus aedibus non caveatur...*

²³ No debía ser frecuente el caso visto *supra* (§ 2, y nota 12) de Adrasto, el liberto de Septimio Severo, que era concesionario público y al mismo tiempo *procurator columnae Divi Marci*, como tal encuadrado en la administración imperial.

²⁴ D.39,2,15,10 (Ulp. 53 ad ed.) *Si publicus locus publice reficiatur, rectissime Labeo scribit, eo que iure uimur, de damno infecto non esse cavendum, si quid vitio loci aut operis fiat: certe legem dandam operis talem, ne quid noceat vicinis damnum detur*; Trisciuglio, Andrea, *Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare. Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Napoli, Jovene, 1998, pp. 224 y ss.

²⁵ D.39,2,24,1 (Ulp. 81 ad ed.) *Ad ea igitur opera stipulatio (scil. cautio damni infecti) pertinet, quaecumque privatim fiant. Quid ergo, si publice opus fiat, de vitio eius quid faciemus? Et plane vel princeps aedeundus est, vel, si in provincia fiat, praeses provinciae*; Fiorentini, Mario, *op. cit.*, nota 13, pp. 365 y ss.

²⁶ En Tac. *Ann.* I,75,2: “*Inter quae Pius Aurelius senator, questus mole publicae viae ductuque aquarum labefactas aedis suas, auxilium patrum invocabat. Resistentibus aeriis praetoribus subvenit Caesar [scil. Tiberius] pretiumque aedium Aurelio tribuit, erogandae per honesta pecuniae cupiens...*”, la intervención de los *praetores aeriis* ciertamente podría justificarse con la pretensión de resarcimiento de la caja pública. Pero la munificente intervención del emperador Tiberio, que pone fin a la cuestión y que parece fundada en motivaciones políticas, no permite entender si y como en los casos normales el erario, y por tanto el *populus romanus*, pudiese ser reclamado por los daños sufridos por un tercero; por otro lado, las razones de la resistencia de los *praetores aeriis* no son explicitadas y al respecto no queda sino lugar para la conjetura: *cfi.* al respecto Pennitz, Martin, *Der “Enteignungsfall” im römischen Recht der Republik und des Prinzipats: eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 1991, pp. 105 y ss., nota 334;

silencio casual debido al estado de las fuentes a nuestra disposición, sino indicativo de la imposibilidad de exigir responsabilidades a las administraciones concedentes en las sedes procesales ordinarias.²⁷ Las vías por las cuales lamentar un daño sufrido deberían tener, presumiblemente, naturaleza administrativa.

IV. EDAD MEDIA Y MODERNA: LA CLÁUSULA ‘SINE INIURIA PRIVATORUM’ PREVALECE SOBRE LA CLÁUSULA ‘NON OBSTANTIBUS’

No siempre, en la historia del derecho europeo, la tutela del tercero ha sido asegurada gracias a la cláusula ‘*sine iniuria privatorum*’, que podemos considerar, ciertamente, como el antecedente histórico de la moderna ‘sin perjuicio de terceros’. Villar Palasí²⁸ ha evidenciado que, en el amanecer del Estado Absoluto, nuestra cláusula ha cedido el paso a otra general, denominada ‘*non obstantibus*’ en España y Francia,²⁹ que es una clara manifestación del absolutismo del Príncipe. Con ella, de hecho, el privilegio concedido por él está en condiciones de imponerse sobre los derechos de los terceros y de sacrificarlos.

Un cambio de dirección, sin embargo, habría sido impreso por el derecho canónico y por los estudiosos del derecho natural a través de la reclamación a la justicia que debe guiar también el otorgamiento de los privilegios del rey. Jean Bodin (1530-1596) podrá decir, por tanto, que en todas las concesiones del Príncipe está implicada la protección de los derechos de terceras personas,³⁰ mientras que, para Gregorio López (1496-1560), el glosador de la nueva edición de Las Partidas, autorizada por Carlos V, el respeto, en

Arcaria, Francesco, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 60 y ss.

²⁷ Piensa en una prohibición general de carácter sistemático, al comentar D.39,2,15,10 y D.39,2,24,1 (cfr. *supra*, notas 24 y 25), Burckhard, Hugo, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*. Bücher 39-40, II Teil, J.J. Palm, Erlangen, 1875, pp. 662 y ss.; similarmente Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1966, vol. II.1, p. 290.

²⁸ Cfr. Villar Palasí, José Luis, *op. cit.*, nota 7, pp. 51 y ss.

²⁹ Sobre esta cláusula véase también Dondorp, Harry, “Rescripta contra ius: Die mittelalterliche Interpretation von C.1,19,7”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, año 1997, núm. 83, pp. 301 y ss.

³⁰ Cfr. Bodin, Jean, *Les six livres de la République*, Lyon, Jean de Tournes, 1580, l. I, cap. VIII, p. 109: “...et en tous les dons, grâces, privilèges et actes du Prince, toujours la clause sauf le droit d'autrui, est entendue, ores qu'elle ne fut exprimée”; véase también la traducción italiana en Bodin, Jean, *I sei libri dello Stato*, cur. Isnardi Parente, Margherita, Torino, UTET, 1997, pp. 399 y ss.

los límites de lo posible, de los derechos de los terceros se convierte en canon general hermenéutico del acto de concesión.³¹

Es una larga historia la de la cláusula ‘sin perjuicio de terceros’, presente ya en la experiencia jurídica romana, la cual fue reemplazada en la edad medieval por la cláusula antagónica ‘*non obstantibus*’. Sin embargo, a partir de un determinado momento, la primera va prevaleciendo de forma paulatina sobre la segunda hasta recogerse en la legislación, la jurisprudencia y la ciencia jurídica actual.³²

De nuevo, el derecho romano se refleja en la metáfora del pato ideada por Goethe:³³ parece que, en efecto, desaparece de los ordenamientos por un lapso de tiempo para aflorar en un cierto momento a causa de su intrínseca vitalidad, determinada por su contenido que es expresión de una alta civilización jurídica.

³¹ Cfr. López, Gregorio, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono* [glosadas por], gl. 2 ad Part. 3^a, tit. XVIII, ley XIX, Madrid, Oficina de Benito Cano, 1789, t. II, p. 215: “*unde interpretandum est privilegium, ut in quantum sit possibile, jus tertii non laedatur*”.

³² Los ejemplos son numerosos. Me limito a recordar, en relación con la interpretación integrativa de la concesión, el artículo 410, Cc.Esp.: “*Toda concesión de aprovechamiento de aguas se entiende sin perjuicio de tercero*”.

³³ Cfr. Santucci, Gianni, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 9.

POSSESSIO ANTIGUA. ORIGEN, COMO SOBERANIA POLÍTICA

Laura Mercedes VELÁZQUEZ ARROYO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fuentes literarias*. III. *Fuentes jurídicas*.
IV. *Definición etimológica*. V. *Teorías más destacadas*. V. *Carácter originario
de la possessio como fenómeno político*.

I. INTRODUCCIÓN

La *possessio* es uno de los temas más bastos, complejos y apasionantes que la dogmática de derecho civil puede enfrentar, debido principalmente a que esta institución es el resultado de la participación no coordinada de teorías y normas de derecho romano, derecho canónico, derecho germánico y derecho consuetudinario francés que han penetrado en el derecho civil mexicano de manera inconsistente.

Por esta razón he considerado empezar por el principio, es decir, por estudiar esta institución jurídica desde su origen en el derecho romano antiguo para así comprender la manera en que dicha institución se desarrolla en el período clásico, en el cual considero alcanza su punto más alto de desarrollo.

Es importante señalar que este es un trabajo preliminar que forma parte de un estudio más amplio que se encuentra en desarrollo y que es objeto de mi investigación doctoral.

Surgió a partir del estudio de *Das Recht des Besitzes* de Savigny,¹ y de *Über den Grund des Besitzschutzes* de Jhering² donde me percate de lo que ya Ilario

¹ Wien, 1803.

² Jena, 1869. Aunque se puede observar su teoría mejor elaborada en su libro *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden Methode*, Jena, 1889.

Alibrandi³ y Emilio Albertario⁴ habían advertido, es decir, que tanto Savigny como Jhering presentan una noción de *possessio* única, como si el derecho romano fuese una fotografía, una realidad inalterable, fija, invariable. Sin embargo, si de algo podemos estar seguros es de la imposibilidad de que el concepto de posesión haya sido uno sólo y el mismo a lo largo tantos siglos, desde las XII Tablas hasta Justiniano. De igual forma se puede observar como conceptos fundamentales de derecho romano privado (familia, *potestas*, *dominium*, *servitus*, *obligatio*, contrato, préstamo, etc.) sufrieron un proceso de modificación a lo largo de su desarrollo histórico, por lo que parece normal considerar que el concepto de *possessio* experimentase el mismo fenómeno.

A continuación analizaremos la noción de *possessio*, para posteriormente pasar al estudio de los elementos que nos permiten considerar que el origen de la *possessio* tiene carácter político-sacral.

II. FUENTES LITERARIAS

Indagar sobre el origen de la posesión nos lleva a analizar el significado del término mismo, pues qué es el derecho, sino un lenguaje. En este sentido, nuestro trabajo se centra en rastrear el valor lingüístico del vocablo, analizar el uso común que originalmente se le daba y la relación “jurídica” a la que por primera vez fue aplicado.

No profundizaremos en las fuentes literarias romanas de manera exhaustiva. Tomaremos como muestras paradigmáticas las obras Plauto y Terencio. El primero nombra sólo 9⁵ veces el término *possidere*, no *possessio*, en sus 20 obras:

1. *Amphitruo* I, 1, 302: “*nam hicquidem omnem imaginem meam, quae antehac fuerat, possidet*”.
2. *Aulularia* Prolog.: “*Hanc domum iam multos annos est quum possideo et colo*”.
3. *Bacchides* III, 2, 2: “*Homini amicus quis amicus ita uti nomen possidet nisi deos ei nihil praestare*”.
4. *Cistellaria* Argumentum 10: “*itaque lege et rite ciuem cognitam Alcessimarchus ut erat nactus, possidet*”.
5. *Epidicus* III, 4, 32-33: “*Si sexaginta mihi enumerantur minae, tuos possidebit mulier faxo ferias*”.

³ *Opere giuridiche e storiche*, 1896, p. 220 y ss.

⁴ “Il possesso romano”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, Roma, año XL, fasc. I-IV, p. 8.

⁵ La edición que utilizamos es la de Goetz y Schoell, Leipzig, 1922.

6. *Mostellaria* I, 1, 32: “*is nunc in aliam partem palmam possidet*”.
7. *Poenulus* V, 2, 120-121: “*paterna oportet filio redid bona: Aequomst habere hunc bona quae possidet pater*”.
8. *Trinummus* Prologus, 19-20-21: “*Plautus uortit barbare nomen Trinummo fecit; nunc hoc uos rogat ut liceat possidere hanc nomen fabulam*”.
9. *Truculentus*, prol. 13: “*haec huius saeculi mores in se possidet*”.

Igualmente Terencio,⁶ utiliza el término *possidere* de manera escasa:

1. *Andria* V, 4, 46: “*de uxore, ita ut possedi, nihil mutat Chremes?*”.
2. *Hauton Timorumenos* I, 2, 21: “*atque haec perinde sunt ut illiust animus qui ea possidet*”; I, 2, 22: “*qui uti scit, ei bona, Illia, qui non utitur recte, mala*”. V, 2, 16: “*satius est quam te ipso herede haec possidere Bacchidem*”.
3. *Adelphoe* II, 1, 21-22: “*Quid hoc rei est? Regnumne, Aeschine, hic tu possides?*”
4. *Æ*: “*Si possiderem, ornatus esses ex tuis uirtutibus*”.

Del análisis de estas obras podemos observar a) que nos encontramos ante la categoría léxica del verbo *possidere*. No encontramos, ni una sola vez, el término abstracto *possessio*, lo cual podría implicar que en el momento en que dichas obras ven la luz, dicha categoría lingüística abstracta (sustantivo *possessio*) aun no había sido creada. Por consiguiente, podemos hipotetizar que el sustantivo *possessio* tuvo un origen tardío, y b) que el término *possidere* se utiliza para referir a un gran número de casos, es un término amplio, laxo sin límites técnico jurídicos.

III. FUENTES JURÍDICAS

En cuanto al análisis legislativo no consideraremos de manera exhaustiva todas las fuentes legislativas, ése ya ha sido un trabajo realizado por Bruno Fabi.⁷ Bastara con referir que de igual manera es muy escaso el uso del término *possidere* o sus derivados.

Inicialmente nos encontramos ante la situación de que a la relación sustancial que fue denominada posteriormente posesión, en su origen no fue conocida bajo este término, sino bajo el término de *usus*. Asimismo, encon-

⁶ Cfr. Costa, Emilio, *Il diritto privato nelle Commedie di Terenzio*, in Arch. giur. Serafini, vol. 50, p. 471.

⁷ *Aspetti del possesso romano*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1972, p. 13 y 14.

tramos que a la relación que tenía originariamente el significado lingüístico de *possidere* era la “*occupatio*” bélica, *i.e.*, la *possessio* del *ager publicus*.

Siguiendo a Emilio Albertario,⁸ se hablaba de uso en el caso concreto más antiguo de *possessio*, *i.e.*, del *precarium*. En la época clásica, el precarista “*utendum conceditur*” recibía un derecho, no una cosa. A esta expresión se contraponen “*possidendum conceditur*”. Sin embargo, originalmente “*utendum conceditur*” se refería al acto por el cual el pater de la gens concedía a los clientes, que se asentaban en torno a él, la posesión de una parte del territorio del grupo. También de uso hablan las XII Tablas: *usus auctoritas fundi biennium est, —ceterarum rerum omnium —annuus est usus*.⁹

Podría parecer extraño que un término tan amplio como el *uti* sea comprendido dentro de otro término que en su sentido originario era más restringido como *possessio*, y que la tutela interdictal posesoria se daba solamente para la *possessio*, y no para el uso. Sin embargo debemos señalar que el primero en su sentido originario de uso tenía también un sentido muy amplio y que en las XII tablas tenía relevancia solamente para llevar a la usucapión y se refería a todos los bienes, *mancipi* como *nec mancipi*, mientras que la *possessio* se refería solamente a bienes inmuebles, *i.e.*, *possessio* del *ager publicus*. En lo que refiere a la tutela interdictal, esta claro que esta se daba para proteger una situación similar al uso, pero que originalmente no se denominaba *possessio*.

En la *lex Agraria*¹⁰ de finales del siglo II a.C. encontramos una gran cantidad de referencias al vocablo en cuestión, en específico a la *possessio* del *ager publicus*. En esta cuestión, cabe ser repetitivo con el objeto de remarcar que esta ley es la primera fuente en la que encontramos el término “*possessio*” de manera reiterada. Pero *possessio* no se utiliza individualmente, sino que forma parte de una rica terminología como: *fruatur habeat possideatque* (9, 10, 11, 52), *habere oeti frui possidere* (32), *habereue fruiue iusit* (81), *habeant possideant fruanturue* (82), *haberent possiderent fruerentur* (92). En este sentido *uti frui habere possidere* actúan conjuntamente y cada uno significa lo mismo que el otro, se utilizan para referirse a lo mismo: la *possessio*.

Como ejemplo tenemos el fragmento I, 10:

...neue fertu, quo quis forum, quouum eum agrum locum aedificiu[m] posse[sio]nem ex lege plebeue scito esse oport[et] oportebitue... eum agrum locum aedificiu[m] possessionem minus oetatur fruatur habeat possid[et] eatque quoue possessio inuito, mor[tu]oue eo heredibus eius inuiteis auferatur.

⁸ Véase Albertario, Emilio, *Il possesso romano*, en Arch. Giur., 4ª serie, núm. 18, 1929, 240-243.

⁹ Cfr. Cicerón, *Top.* 4.23.

¹⁰ Riccobono, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, pars prima, leges, Firenze, 1908, pp. 86-102.

La *lex Antonina de Thermessibus* sucede lo mismo, como lo reflejan los fragmentos 10-35:¹¹

*Quei agrei quae loca aedificia publica preiutaue
Thermensius maiorum Pisidarum intra fineis
eorum sunt fuerun tue L. Marcio Sex. Iulio cos.,
quaeque insulte forum sunt fueruntue ieis
consulibus, quei supra scriptei sunt, quodque
earum rerum ieis consulibus iei habuerunt
possederunt us[ei fructeique] sunt, quae de ieis rebus
locata non s[unt, utei antea habeant possideant; q]uaeque
de ieis rebu[s agreis loceis aedificieis locata su]nt,
ac ne locentur [sancitum est sanctione, q]uae facta
est e[x] l[ege rogata L. Gellio Cn. Lentulo cos., e]a omnia
Ther[meses maiores Pisidae habeant]t possideant;
ieisque [rebus loceis agreis aedificieis utantur fr]uantur
ita, utei ant[e Mitridatis bellum, quod p]reimum
fuit; habueru[nt possederunt usei fruct]eique sunt.
Quae Thermensorum m[aioru]m Pisidarum publica
preiutaue praeter loca[ta] agreis aedificia sunt
fueruntue ante bellum Mitridatis, quod premium
factum est, quodque earum rerum iei antea
habuerunt possederunt usei fructeie sunt,
quod eius ipsei sua uoluntate ab se non abalienarunt,
ea omnia Termensium maiorum Pisidarum, utei sunt
fuerunt, ita sunt, itemque ieis ea omnia
habere possidere uitei frueique liceto.*

IV. DEFINICIÓN ETIMOLÓGICA

Todo estudio tanto dogmático como histórico, más en el ámbito del derecho, en este caso “romano” tiene como punto de partida el análisis de los términos lingüísticos que se utilizan para designar el fenómeno jurídico en cuestión. Existe una pluralidad de posturas referentes a la definición de *possessio*. En este punto, es importante hacer un deslinde, ya que no realizaremos un

¹¹ *Ibidem*, pp. 105-107.

análisis filológico-etimológico,¹² sino más bien se expondrán solamente las posturas imperantes.

Tenemos como única noción etimológica la expuesta por Paulo que refiere pertenece a Labeon:

D.41,2,1 pr.

Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοξήν dicunt

Como dice Labeón, la palabra “posesión” viene de “sede”, como si se dijera “posición” porque la tiene naturalmente la que se instala en ella, lo que los Griegos llaman katoche <o retención>.

Cabe destacar que la κατοξήν griega (expresión que refiere al elemento fáctico de la detentación solamente) no corresponde con la noción Labeoniana, así como, que es imposible que Paulo haya confundido la posesión con la detentación κατοξήν griega pues en su tiempo la *possessio* era una institución jurídica totalmente delimitada y diferenciada. En este sentido, ya lo notaba Albertario, al considerar que el inciso <quam Graeci κατοξήν dicunt> es una alteración de los compiladores.¹³ Basta agregar que los griegos no tenían un término que correspondiera a la palabra latina *possessio*.

La etimología de los términos *possideo* y *possessio* es discutida y discutible. La posturas que explican la etimología de *possessio* se pueden reducir a dos, que se ven a continuación.

1. Teoría de Grimm¹⁴

Considera que el origen etimológico del término *possessio* deviene de la unión de dos partículas: *por-sedeo* o *pos-sedeo*. Observaba en el *possidere* la etimología del prefijo “*pos*” o “*posse*”, que a su vez proviene del etimo “*potis*” que equivale a poder, como *possum* proviene de *pot-sum*, y *sedeo* que proviene del verbo *sedere* (sentarse, estar sentado). Así *possidere* significará “establecerse” o “estar establecido”. *Possessio* hace referencias a la tierra en que alguien

¹² Sobre esta cuestión confróntese el gran estudio de Ceci, Luigi. *Le etimologie dei giuristi romani*, Turín. 1892, reimpresión L’Erma, Roma. 1966.

¹³ Albertario, Emilio, *La possessio civilis e la possessio naturalis*, in Filangieri, 1912, p. 10. En el mismo sentido se expresa Bonfante, Pietro, “Il punto di partenza nella teoria romana del possesso, Il punto di partenza nella teoria dell’ possessio”, en *Studi Senesi [Scritti in onore di L. Moriani, I=]* 22 (1906), p. 175.

¹⁴ Grimm, Jacob, “Das Wort des Besitzes”. *Kleine Schriften*, Berlin. Ferd. Dümmlers Verlagsbuchhandlung, Harrwitz und Gossmann. 1864, t. I, p. 113 y ss.

está asentado. La parte esencial de esta etimología recae en el prefijo (*port*, *porti*, umbr. *Pur*, gr. *προς*, dor. *ποτι* = *προτι*) y corresponde perfectamente al sufijo de la correspondiente palabra en alemán *be*, *bei* de *Besitz*.

En palabras de Grimm:

im zweiten theil der zusammensetzung liegt sedeo vor augen, das pos des ersten musz au seiner assimilation hervorgegangen sein, welcher die lat. sprache eine menge von SS verdankt. früher leitete man pos aus potis, wie possum aus potsum, während vor dem vocal potest, poterum beharren, possideo = potsideo ware: ich sitze wallend mächtig, die neuere sprachforschung zieht aber vor in pot die skr. partikel pruti, gr. προτί, dor. ποτί = πρόσ anzuerkennen, welche auch in porrigo, polliceor, polluo u. a. assimiliert wurde (Bopp's gloss. 226^b); dann ergäbe sich die bedeutung: ich sitze dahin, dabei προσεδρεύω, προσξαθίζω. possidet haben schon die zwölf tafeln, possessor z. b. die lex agraria Thorii und nicht selten bedient sich des ausdrucks Plautus, das wort musz uvalt sein in der lat. sprache.¹⁵

Otros autores sostienen otras derivaciones como *posse-sedere* (i.e. *sedes*-asiento, *posse*-poder, *possessio* deviene de *possidere*: poder-sentarse),¹⁶ y *po-sedeo*.¹⁷

2. Teoría de Bonfante

Este autor tuvo como objetivo recavar el significado señorial del término, concentrándose, más bien, en el primer componente (*potis*, *pote*), dejando de lado el segundo (*sedeo*). Toma la etimología del antiguo léxico de Forcellini y del moderno diccionario de Georges. En su artículo *Il punto di partenza nella teoria romana del possesso* de 1906 sostiene que la derivación filológica más a la mano y menos forzada es aquella de *potis* o *pote*, que se encuentra en *potestas*, *compos*, *impot*, *potiri*, en el verbo *posse* (que según él trae consigo una composición paralela). Asimismo, dicho significado es acorde con una serie de términos de lenguas indo-europeas que refieren siempre a señoría, a dominación como: sanscr. e lit. *patis* el señor, gr. *Δεσποτης*, *πορις*, got. *faths* señor, ant. sl. *gospoda*, etc.

Indagó la sostenibilidad de su propuesta con colegas como Guarnerino, Graziadio y Sabbadini, quienes reconocen la probabilidad de las afirmaciones de Bonfante.

En este sentido, al observar la sostenibilidad de la etimología *potis* o *pote sedere* niega que está tenga el significado de sentarse, sino el de la afirmación “*io siedo signore*”, que representa la *possessio*, considerando éste el punto de

¹⁵ *Ibidem*, p. 138.

¹⁶ Valla, Lorenzo, *Controversiae*. Cap. 10.

¹⁷ Heinzeius, *Elementa*, n. 97, vol. II, p. 182, y Donello, *Opera*, t. I.

partida de la *possessio*, y no la detentación sobre la cual construyen Savigny, Jhering y, filológicamente, Grimm.

Con relación a la posesión del precarista, acreedor pignoraticio y secuestratario, explica que sus respectivas situaciones como posesiones anómalas producto de un proceso involutivo.

V. TEORÍAS MÁS DESTACADAS

La selección de las teorías más importantes responde a una inclinación meramente personal, mas sostenida por la consideración de las aportaciones y originalidad de estos romanistas.

No podemos comenzar por ningún otro sino por el gran Savigny, que de acuerdo con Jhering, considero que su obra sobre la posesión ha sido la piedra angular de la ciencia del derecho por mucho tiempo.¹⁸

Savigny define a la posesión como una relación de facto, de hecho, constituida por dos elementos: un elemento espiritual o *animus domini*, consistente en la intensión de dirigirse como propietario de la cosa, *i.e.*, tratar la cosa como propia (esta expresión es totalmente savigniana, a que las fuentes se refieren a *animus possidendi*)¹⁹ y el otro elemento material (consistente en la detención de la cosa o *possessio corpore*). Sin embargo, en el derecho romano hay ciertos casos como la posesión del precarista, del acreedor pignoraticio y del secuestratario que son contrajemplos porque no encuadraban dentro de la definición savigniana puesto que carecen del primer elemento. Para salvar esta inconsistencia, Savigny introduce la categoría de *possessio* derivada, la cual no se encuentra en las fuentes, para referir aquella posesión que es transferida del titular originario. No obstante, con la introducción de este elemento no se resuelve inconsistencia, pues el “poseedor derivado” no es el verdadero poseedor, porque aún sigue faltando el *animus*, y no explica porque dichos “poseedores” son tratados en las fuentes de la misma forma en que son tratados los verdaderos poseedores. Éste es el eslabón mas débil de la cadena.

Algunos defensores de la teoría de Savigny consideran dichos casos como posesiones anómalas o anormales con las que no es posible hacer una

¹⁸ Cfr. Jhering, *Hommage à la mémoire de Savigny*, en *Études complém. de L'Esprit du dr. rom.*, trad. Meulenaere, 4, 1902, pp. 49 y ss.

¹⁹ “*Animus domini*” es una expresión totalmente Savigniana, ya que no aparece en la compilación ni en las obras justiniancas. Las *constitutiones* hablan de *cogitatio domini* (C.6.2, 21,2); el Dige-to de *opinio domini y eo animo... ut credat se dominum esse*. (D.9.4,22,1; y D.6,2,13.1 respectivamente). En las *Basilicas* (50,2,61) y en la *Parafrasis* de Teófilo (2,9,4) encontramos la expresión *ψυξηρό δεσπίζοντωφ* que se traduce como *animus dominantis*.

generalización,²⁰ producto de un fenómeno involutivo,²¹ lo que esta alejado totalmente de la realidad del derecho romano ya que estos tres casos son el modelo de posesión que dieron origen a la institución que nos ocupa. Con lo cual podemos decir que no observamos nada de involutivo en estas figuras.

La doctrina de Savigny dominó por casi todo el siglo XIX hasta que surgió una nueva y brillante doctrina propuesta por Jhering, la cual contenía una serie de críticas que modificaban de manera significativa la teoría posesoria. Esta nueva teoría prescinde del elemento subjetivo pues considera que no es un elemento exclusivo de la posesión, sino que también se requiere en la detentación. Por otra parte, sostiene que lo que diferencia la posesión de la detentación y la hace merecedora de una protección especial recae en un criterio objetivo: la *causa*, y por cuestiones prácticas el derecho establece en que casos, aun cuando se encuentra presente el elemento subjetivo o de consciente dominación, se excluyen de la protección interdictal porque no constituyen posesión, sino detentación, *i.e.*, es el derecho positivo el que debe determinar por motivos prácticos aquellos casos particulares de *causa detentionis*. En este sentido, los casos de excepción de la posesión, por motivos prácticos por lo que no se otorga la protección interdictal son: la situación del colono, del inquilino, del depositario, del comodatario, del mandatario, del procurador, del usufructuario y del usuario. Al eliminar el *animus possidendi* se elimina la necesidad de su prueba, la cual es imposible. Por lo que respecta al elemento objetivo, Jhering considera que la *possessio* se presume, y en caso de litigio corresponde al demandado aducir una causa de detentación como excepción, que lo excluya.

Por su parte, retomando a Bonfante en el sentido más completo de su teoría sobre la posesión, podemos observar que prácticamente, aunque realiza una serie de críticas a las teorías de Savigny y Jhering, refuerza y renueva la teoría del primero con las salvedades de que propone una etimología más probable de la palabra *possessio*, sustituye el *animus domini* por el *animus possidendi* u otros vocablos para referirse a lo que las fuentes designan como la intención, la voluntad, la consciencia, el conocimiento, y respalda la posesión del precarista, acreedor pignoraticio y secuestratario, explicándolas como posesiones anómalas producto de un proceso involutivo.

²⁰ Rosshirt, C., “Zu der Lehre von Besitz und insbesondere von der *quasi possessio*,” en *Arch. f. civ. Praxis*, núm. 8, 1825, pp. 1-74; Sintenis, C., “Ueber Besitz und Ersitzung verbundener Sachen”, en *Arch. f. civ. Praxis*, núm. 20, 1837, pp. 75-115.

²¹ Bonfante, *op. cit.*

Una postura digna de destacarse es la presentada por Riccobono,²² retomando críticamente la postura ya expuesta por Dernburg,²³ quien observa que el concepto de posesión no responde un fenómeno estático sino que responde a un desarrollo que en la doctrina antigua se funda en la *causae possessionis*, y en la doctrina clásica, en el *animus possidendi*. Se podría decir que concilia las teorías opuestas de Savigny y Jhering ya que cada una se lleva a cabo en un momento histórico diferente. Para ello, toma como base el texto D.13,7,37 que a la letra dice:

Paul. 5 ad Plaut.

Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi.

(Si yo arrendé al deudor propietario la prenda entregada, retengo la posesión por el arriendo, porque antes de que el deudor la tomara, en arriendo, no tenía la posesión de la misma, ya que tenía yo el animo de retener la posesión y el arrendatario no lo tiene de adquirirla.)

Como podemos observar, este texto posiblemente se refiere a la posibilidad de dejar en arriendo, ya sea a título de precario o de locación, al propietario de la prenda y deudor en un acto jurídico principal. En este punto, Riccobono considera que los compiladores han fusionado el texto de Plauto con el comentario de Paulo. La postura de Plauto al respecto consiste en que el acreedor pignoraticio, que a su vez reúne la cualidad de arrendador, retenga la posesión de la cosa pignorada en virtud de que retiene la posesión por causa de arriendo: *per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor non fuerit eius possessio*, i.e., la causa de la posesión es el arrendamiento, es el elemento objetivo, vaya la repetición, es la “causa” de Jhering. Por su parte, Paulo introduce una motivación totalmente diferente, referente al *animus* y se le atribuye el comentario en la parte: *cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi*. Donde sostiene que el arrendador tiene la *possessio* porque tiene el *animus* de retener, i.e., el elemento subjetivo. Así, se produjo como una aceptación generalizada que el *animus possidendi* no fue considerado uniformemente por la jurisprudencia romana durante todo el desarrollo del derecho romano ni por todas las escuelas.²⁴

²² La teoría del possesso nel diritto romano, en *Arch.giur.*, núm. 50, 1893, pp. 227 y ss.

²³ *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des röm. Rechts*, 1883; *Pandekten*, 1884, I, § 172-174, 179.

²⁴ *Cfr.*, Bekker, E.I., *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880, pp. 198 y ss.

Paralelamente, tanto Klein²⁵ como Ferrini²⁶ consideraban que el concepto de posesión tuvo este desarrollo análogo al considerado por Riccobono, pero alrededor de las dos escuelas, *i. e.*, alrededor de las posturas expuestas por Sabinianos y Proculianos. Siendo los primeros quienes formularon y desarrollaron la teoría antigua de la *causae detentionis*, y los segundos, la del *animus possidendi* que sustituyó la primera.²⁷

La última teoría que consideraremos será la expuesta por Emilio Albertario, que al mismo tiempo es la que adscribo.²⁸

Albertario considera acertadamente que para resolver el problema que enfrenta la teoría de la posesión con respecto a las figuras anómalas en necesario admitir que el concepto de *possessio* no es un concepto que permaneció inalterado sino que sufrió una evolución y que el sentido que recibió en la época clásica es diverso al que recibió en la época antigua y en la posclásica.

Por esta razón, considera pertinente reconstruir el concepto romano de *possessio* distinguiendo tres épocas: la época antigua o preclásica; la época imperial o clásica, y la época postclásica o justinianea.

VI. CARÁCTER ORIGINARIO DE LA POSSESSIO COMO FENÓMENO POLÍTICO

A) Época antigua o preclásica

La posesión originaria surge como un fenómeno de elección y fijación de la sede por parte de un grupo políticamente organizado, en sentido general, que implica el establecimiento de ese grupo sobre un territorio y la fijación y determinación de su propio culto. Esta tesis es acorde con la definición de posesión dada por D.41,2,1 pr.

En esta época se utiliza una terminología muy rica para referir a la *possessio*, de los cuales tenemos *usus*; *usus fructus possessio*; *habere possidere uti frui*, y *possessio*. *Usus* es el término más antiguo y *possessio* el más reciente. Como explica Albertario, en el caso más antiguo de *possesso*, *i.e.* el precario, se ha-

²⁵ Klein, F., *Sachbesitz und Ersitzung*, Berlín, 1981, pp. 5 y ss.

²⁶ Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, Milán, 1900, pp. 244 y ss.

²⁷ La hipótesis de estos dos autores ha sido convalidada por quienes se han ocupado del estudio de las dos escuelas: *cfr.*, Baviera, G., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898, pp. 65 y ss.; Falchi, G. L., *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milán, 1981, pp. 61 y ss.; Scacchetti, M. G., "Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani", en *Studi Biscardi*, Milán, 1984, t. 5, pp. 390 y ss.

²⁸ Albertario, Emilio, *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milán, Giuffrè, 1943; Id., "Il possesso romano", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, Roma, año XL, fasc. I-IV, p. 8.

bla de uso, pues su origen se utiliza la expresión “*utendum concedere*” para referirse al acto a través del cual el *pater* de la *gens* concedía a los clientes (que se reunían en torno a él) la posesión de una parte del territorio del grupo.²⁹ Otro ejemplo de usos con el significado de *possesso* se encuentra en las XII Tablas: *Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege Aedes non appellatur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus.*³⁰

Por su parte, en la *lex agraria* de siglo III a.C. Encontramos la expresión *uti frui habere possidere* se utilizan de manera conjunta, significando cada una de ellas lo mismo que las otras. Sucede lo mismo con la *lex Antonia de Thermessibus* del 71 a.C.

Es importante analizar que en el origen estos términos debían operar conjuntamente para indicar la estrictamente la posesión del fundo, pues en este caso es natural que la conciencia jurídica popular comenzara a representarse el *uti* como un *frui* y como un *possidere*.

Por otro lado, tenemos la postura que sostiene que *usus* y *possessio*, ya desde la época preclásica, dos instituciones jurídicas distintas y totalmente diferenciadas en virtud de la función. El *usus* tenía por función el hacer adquirir la propiedad de una cosa o la potestad sobre una persona; mientras la *possessio*, el ejercicio de señoría *de facto* sobre una cosa propiedad de otro, sin implicar necesariamente la adquisición de la propiedad, es más, excluyéndola en el inicio. Para contradecir esta postura tenemos a las leyes republicanas antes mencionadas en las que *uti* y *possidere* son sinónimos. Además, podemos decir que la premisa de que la *possessio* habría significado señoría, y *usus* no, sino el de servirse de una cosa conforme a su naturaleza es errónea. Puesto que el antiguo significado de uso era más amplio que el reciente. Como ejemplo tenemos el poder que el marido *sui iuris* ejerce *de facto* sobre la mujer que ha esposado sin tener previamente la *conventio in manu*, mediante la *confarreatio* o la *coemptio*, y que después del año se convierte en *manus* o *potestas maritalis*.

Así podemos concluir que las primeras aplicaciones del concepto de posesión indican el poder de hecho sobre una cosa o sobre una persona, poder que originalmente era más de naturaleza política que económica, más de soberanía política que de derecho de propiedad. En términos de Emilio Albertario, se está en presencia de una soberanía de hecho en el caso en el que el *pater familias* que ha adquirido un fundo (*res Mancipi*) sin observar la forma solemne requerida, sin embargo ejercita un poder de hecho sobre el mismo, sobre el cual la familia tiene sede.

²⁹ Véase Id, “Il possesso romano”, en *Arch. Giur.*, 4ª serie, núm. 18, 1929, pp. 240-243.

³⁰ Cfr. Cicerón, *Tópica*, 4, 23.

INCORPORACIÓN DE LA *FIDUCIA* *CUM CREDITORE* EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Mónica VILLAGRA

SUMARIO: I. *Introducción y planteo de nuestra hipótesis.* II. *Precisiones terminológicas previas.* III. *El negocio fiduciario romano.* IV. *El funcionamiento de la fiducia cum creditore en Roma.* V. *El fideicomiso romano.* VI. *Evolución del fideicomiso y su desembarco en América.* VII. *La fiducia latinoamericana.* VIII. *La fiducia de garantía en Argentina.* IX. *Conclusiones del cotejo de la figura romana y la argentina actual.*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DE NUESTRA HIPÓTESIS

Una experiencia ininterrumpida de veinte años de vigencia de la figura del fideicomiso en la República Argentina ha demostrado acabadamente las virtudes del mecanismo fiduciario para desarrollar plena y eficazmente los más variados fines jurídicos, habiéndose transformado en “*la vedette*” del mercado al perfilarse como un importantísimo factor de reactivación económica.¹

¹ Desde financiamiento de la venta de productos de consumo, fideicomiso financiero mediante titulación de préstamos personales, comerciales, facturación por ventas y servicios, créditos prendarios o hipotecarios, y operaciones de *leasing*; negocios de inversión en activos reales, tanto en la actividad agrícola, forestal como inmobiliaria y financiación de obras de infraestructura de redes de gasoductos, generadores eléctricos, construcción de caminos, y otros emprendimientos de *project finance*; fideicomisos inmobiliarios “al costo” o de “preventa comercial” reemplazando a las S.A.; hasta el fideicomiso deportivo o de administración con control judicial previsto en la Ley de Salvataje de Clubes de Fútbol en Crisis, 25.284 para evitar la liquidación y cierre de un club deportivo y el *strepitu* social que ello pudiera producir.

Si bien el Código Civil de Vélez Sarsfield admitía (artículos 2661 y 2662) la existencia del “dominio imperfecto”, paralelamente, prohibía toda *sustitución fideicomisaria* (artículo 3723 y 3724). Frente a ello, insignes civilistas de la década de los 60 como lo fueron Salvat y Lafaille² debatían permanentemente sobre la licitud de los negocios fiduciarios, negándolo, el primero, y, con postura más admisible, el segundo.

Aunque se reconoce un tímido antecedente en las —hoy abrogadas— Leyes 8875 de Debentures (1912), y 18061 de Entidades Financieras (1969), hacia la década de los 80, fue creciendo en Argentina una doctrina favorable a la fiducia tal como venía progresivamente siendo receptada en distintos países de América³ bajo el colosal precedente de México a la cabecera, expansión que se propició aún más con el Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento (1985) cuando se aconsejó a los países convocados la incorporación del Trust anglosajón u otras figuras afines (*Theuhand, Bewind, fiducia* o *fideicomiso latinoamericanos*) dando, así, un nuevo empuje.⁴

Con el avance de esta postura, la XX Jornada Nacional Argentina presentó un *Proyecto de Ley de Fideicomiso* que influyó en los proyectos de reformas al Código Civil, *v.gr.* el *de la Comisión Federal* (1992) —que mantenía, en lo sustancial, la regulación del Código— y el *Proyecto del Ejecutivo* (1993). Este último será el antecedente más inmediato de la Ley 24441 (22.11.94), la cual, conjuntamente con todo un paquete de medidas económico-financieras para reactivación económica, tornó operativo (aunque en forma

² Lafaille, Héctor, *Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ediar S.A., 1944, t. II, p. 141-144, admite que pudieran existir casos de dominio fiduciario; en contra, Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales*, 4ª ed. actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Sofanor Novillo Corvalán, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, t. II, 1951, p. 475-478.

³ Fallido el intento del Anteproyecto Michelson en 1967, el avance inicial se dio en la ley 8875 de Debentures, que permitió la designación de un *fideicomisario* —erróneamente designado en lugar de *fiduciario*—, en representación de los debenturistas, pero, sin transmisión de dominio fiduciario sino sólo *representación*; luego, la Ley de Entidades Financieras, 18061, admitió que éstas actuaran como *fideicomisarios* (entiéndase, *fiduciarios*), de los bancos de inversión y de las compañías financieras, pudiéndolo hacer también los bancos comerciales, previa autorización Márquez, José Fernando, *Fideicomiso. Facultades de administración y disposición del fiduciario. Deudas del fideicomiso. Insolvencia. Acciones de fraude y simulación*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 33 y ss.

⁴ La Convención, recién entró en vigencia en 1992 desde que fue ratificada por los tres primeros países: Australia, Italia y Reino Unido. Con posterioridad y hasta 2004, lo hicieron: Canadá, Países Bajos, China, Luxemburgo, Malta, Liechtenstein, San Marino, Suiza y Mónaco. EEUU y Francia fueron sólo firmantes en 1985. Rodríguez Azuero, Sergio, *Negocios fiduciarios*, 1ª reimpr., Bogotá, Legis, 2005, p. 99.

algo desorganizada) el régimen del fideicomiso contractual y sucesorio argentino.⁵

Su normativa resultó derogada por la Ley 27077 del 19/12/14 que recientemente sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina —en vigencia desde el 1-8-2015 y que abrogó aquél Código centenario—, pero ha incorporado integral y sistemáticamente esta figura jurídica a su articulado en el L.III, “*Derechos Personales*”, T. IV: “*Contratos en particular*”, C.30, al “*Contrato de Fideicomiso*” (S.1º: artículos 1666 y ss.), regulándolo como un contrato nominado típico, consensual y formal que puede ser oneroso o gratuito; como así también, el “*Fideicomiso Financiero*” (S.4º: artículo 1690 y ss) y “*Fideicomiso testamentario*” (S.8º: artículos 1699⁶). Concordantemente, define en forma expresa al “*Dominio fiduciario*” (C.3: artículos 1701 a 1707) en correlación al “*Dominio Imperfecto*”, regulado en el L. IV T. III C. 3 (artículos 1964 y ss.), consolidando un sistema más coherente y completo.

Compartimos la opinión de Zavala y Weiss⁷ de que el nuevo Código cubre algunos vacíos de la Ley 24.441 respecto al fideicomisario, a la liquidación del fideicomiso por insuficiencia y el fideicomiso testamentario, pero también consideramos importante poner de resalto, especialmente, la incorporación expresa del *fideicomiso en garantía*, cuya laguna en la ley anterior dio motivo a una ardua discusión doctrinaria y jurisprudencial durante décadas.⁸

Ahora bien, examinando este sistema, ¿podemos entender que el fideicomiso de garantía es fiel reflejo de la figura romana clásica? ¿Es idéntica su estructura? ¿Cumple los mismos fines? ¿Participan los mismos sujetos?

Nuestra hipótesis al respecto y que intentaremos probar, es que, tal como se ha perfilado la figura en los artículos 1666 y 1680 del Código actual, no resulta idéntica a su antecedente romano sino que: por un lado, reduce las posibilidades de la *fiducia romana* clásica al prohibir expresamente la adquisición definitiva del bien dado en propiedad fiduciaria al acreedor quien tiene durante su vigencia sólo un dominio imperfecto; y, por otro,

⁵ Rivera, Julio César - Medina, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2014, p. 899.

⁶ Sin perjuicio de mantener la nulidad de las sustituciones fideicomisarias en el artículo 1700, régimen correlacionado en cuanto a la *Transmisión de Derechos por causa de muerte*” en el libro V, título XI artículo 2493 Ccc.Arg.

⁷ Rivera-Medina, *op. cit.*, p. 889.

⁸ Kiper, Claudio Marcelo y Lisoprawski, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Depalma, 2004, p. 470. Responde a las críticas de L. Peralta Mariscal y J. M. Orelle.

amplía la potencialidad de la *fiducia cum creditore* al permitir una estructura no sólo bipartita.

Consideramos apropiado, metodológicamente, deslindar el campo terminológico, para luego analizar diacrónicamente la fiducia en Roma y su evolución en Latinoamérica, volcándonos especialmente hacia la *fiducia cum creditore* con el fin de efectuar un examen comparativo que nos permita descubrir sus semejanzas y diferencias con la institución actualmente permitida en Argentina.

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS

Observamos que, en Latinoamérica, se confunden los términos fiducia y fideicomiso, mientras que —por el contrario— estos institutos fiduciarios estaban perfectamente diferenciados en Roma: la *fiducia*, principalmente *inter vivos* (aunque —como veremos— también funcionó *mortis causa*); el *fideicommissum*, sólo *mortis causa*. Resulta comprensible que, impregnados de la validez dual propia del *trust* angosajón cuya amplitud abarca ambas situaciones —*inter vivos y mortis causa*—, el acercamiento hasta la equiparación de aquellas figuras haya sido conveniente en su recepción latinoamericana, respetando, en definitiva, los lineamientos del convenio internacional.⁹

En la mayoría de los países de Latinoamérica, vemos utilizado ‘fideicomiso’, en forma unívoca, aludiendo a ambas vías de constitución posibles, *fiducia* y *fideicommissum*: tal es el caso de Venezuela, Uruguay, El Salvador, Perú, Panamá, México, Honduras, Guatemala, Costa Rica, Chile, Bolivia o Argentina. Ecuador le agrega el epíteto “mercantil”, en tanto en Colombia mantiene un esquema dual: fideicomiso civil vs. fiducia mercantil, regulados: uno por el Código Civil y la otra por el de Comercio.

En una oposición semejante, Ecuador y Paraguay distinguen dentro del género de “Negocio fiduciario”: por un lado, el fideicomiso (Paraguay) Mercantil (Ecuador), sólo si transfiere la propiedad de los bienes fideicomitados; por el otro, el encargo fiduciario, cuando hay mera entrega de bienes, añadiendo Ecuador, al igual que Colombia que —en tal caso— se rige bajo las normas relativas al mandato.

Cuba no habla de fideicomiso sino que lo prevé dentro la órbita del Mandato: realizar un acto jurídico o gestionar su realización en interés de otro, en su caso, operaciones de fideicomiso (Trust). Brasil, tampoco lo re-

⁹ Resulta invalorable el análisis diacrónico que elabora Rodríguez Azuero, *op. cit.*, “Primera Parte”.

fiere, sino sólo a la “*constitución de propiedad fiduciaria*” a consecuencia de la “*enajenación fiduciaria*”. Por su parte, Chile, República Dominicana y Nicaragua, son países latinoamericanos hispanohablantes que no han seguido un modelo de fideicomiso o fiducia mercantil, aunque Chile dentro del género de “*comisión de confianza*” permitida a los bancos, incluye la “*administración de bienes en fideicomiso*” como una especie.¹⁰

Se acepta mayoritariamente que en Roma la *fiducia* fue la primera en el tiempo y que de ella habrían surgido la *fideipromissio* y luego la *fideiussio*, que se unificaron más tardíamente como fianza; y, en el orden *mortis causa*, el *fideicommissum* como posible evolución del *testamentum per aes et libram* (una de las más antiguas figuras fiduciarias).

Pero la vía de reconocimiento jurídico tomó rumbos distintos: mientras la *fiducia* fue acompañada del *pactum fiduciae* y, progresivamente, fue adquiriendo relevancia en el orden jurídico procesal ordinario, hasta que, finalmente, el pretor concedió una *actio fiduciae*; el *fideicommissum*, obtuvo incipiente y muy lenta recepción procesal a partir de Augusto cuando éste comenzó a admitir la vía *cognitoria* y extraordinaria frente a su incumplimiento y, más tarde, se designó una magistratura específica: el *praetor fideicommissarius* para su control.¹¹ Y mientras —ya en la plenitud del Bajo Imperio— la *fiducia* fue abriendo camino a numerosos contratos de uso cotidiano, *vg. mandato*,

¹⁰ Venezuela: Ley de Fideicomiso 1956 (Ley de Bancos 2001 y Resolución 179-00 Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Uruguay: Ley 17703/03 (Ley 15322/1982 – Dec. 516/2003); El Salvador: Código de Comercio. Dec. Legislat. 671/1970-Ley de Bancos Dec. Legislat., 697/99; Perú: Ley 26702 res. Sbs 1010/99 y 0084-00; Panamá: Ley 1/1984 (5-1-84) Dec. Ejecut. 16 (3-10-84), y 116 (26-12-95); México: Ley De Instituciones de Crédito – Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cap. V – Código de Comercio; Honduras: Código de Comercio. Ley de Instituciones del Sistema Financiero (Dec. 170/85) Res. 199/00 Y 419/99; Guatemala: Dec. 2/70, 19/2002, 67/2001 y Antec. Res. Jm- 223-2002 Y 100/02; Costa Rica: Código de Comercio – Ley Orgánica del Sistema Bancario 1644/53; Chile: Dfl 1/97, Código Civil, Ley 16.271/65; Bolivia: Código de Comercio De Bolivia, Código Tributario. Normas para Bancos y Entidades Financieras, Ley 2297/2001; Argentina: Ley 24441 De Fideicomiso, Ley 21.526 , Código Civil; Ecuador: Ley de Mercado de Valores 107 Ro 367, Reglamento General Dec. Ejec. 390 Ro/887, Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y Reglamento a Ley General de Instituciones del Sistema Financiero – Dec. Ejec. 1852 Ro/475; Colombia: Código de Comercio, Circular Básica Jurídica (Cbj), Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; Paraguay: Ley 921 /1996; Cuba: Ley 59 – D.L. 173 Y 172; Brasil: C. Civil Ley 10406/02, Ley 4728 de Mercado de Capitales, Dec. 911/69, Ley 9514/97, Ley 6404/76 y Ley 8668/93. Rodríguez Azuero, *op. cit.*, pp. 65-95.

¹¹ Iglesias, Juan, *Derecho Romano-Historia e Instituciones*, 11ª ed. revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo, Barcelona, Ariel S.A., 1993, pp. 316 y 601; Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de la 10ª ed. italiana por José M. Caramés Ferro, reimpr. inalterada, Buenos Aires, De Palma, 1973, pp. 291-292 y 165; García Garrido, Ma-

depósito, comodato, sociedad, prenda, y fue despojándose de contenido al caer en desuso la *mancipatio* y la *in iure cessio*; por el contrario, el *fideicomiso*, adquirió cada vez mayor fuerza para suplir las incapacidades testamentarias y por ello obtuvo un importante reconocimiento en la *Compilación Justiniana*.

Sin embargo, el eje común a todos estos negocios, en definitiva, es la *fides*, respecto a la cual según señalaba Diodoro (23, I) —citado por Herrera Bravo— el pueblo romano se encuentra orgulloso de ser su exigente cumplidor. En la *fiducia* se reducen a una estructura elemental común: la *datio rei* y la promesa de restitución protegida por la *sacra fides* con un contenido de juramento, por lo que —como señala este investigador— “la función de garantía es la obligación de restituir sancionada por la *fides*, que como elemento jurídico sacral es el vínculo más fuerte conocido en el mundo arcaico”. Y agrega este autor que

no sólo desde el punto de vista ideológico, sino también desde una perspectiva histórica... la *Fides* como realidad viva se constituye en un *príus* del concepto jurídico elaborado o de la configuración institucional, donde la realidad está conformada por una serie de valores (*fidelititas, amicitia...*) que dan origen a la clasificación negocial posterior.¹²

III. EL NEGOCIO FIDUCIARIO ROMANO

Si bien los albores de la *fiducia romana* se pierden en la nebulosa de los tiempos arcaicos, ya en época histórica la observamos en pleno funcionamiento como un instituto muy corriente. Así queda reflejada en las obras de Plauto (siglo III a.C.) y Cicerón (siglo I a.C.), lo que se encuentra refrendado —ya en plena época clásica— en las *Institutas* de Gayo (circa siglo II).

Su intensa presencia durante la República y el Principado —quizá con una evolución que va desde los siglos V a II a.C. (eras arcaica y clásica del

nuel J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, reimpr. 4ª ed., Madrid, Dickinson, 1989, pp. 583-584 y 886-887.

¹² Herrera Bravo, Ramón, *El contrato de depósito en el Derecho Romano*, Granada, TAT S.A.L., 1987, pp. 38 y 39.

derecho romano)—¹³ está atestiguada en sendos documentos epigráficos: La *Tabula Baetica*, y el *Tríptico pompeiano*,¹⁴ los cuales datarían de los siglos I o II.

Decae en época post-clásica por haber sido absorbida su regulación en aquellas figuras que en ella se originaron: *inter vivos* contractuales (mandato, depósito, comodato, prenda) o *mortis causa* (fideicomiso), siendo la última referencia histórica romana conservada la del Codex Theodosianus en 435.¹⁵

Coincidiendo con el ocaso de los modos formales, *mancipatio-in iure cessio*, y de la distinción entre *res Mancipi et nec Mancipi*, la comisión redactora del *Corpus Iuris Civilis* omitió toda mención de la *fiducia*, interpolando en su reemplazo los nombres de aquellos otros contratos, según correspondiera al caso. Es por esta causa que pasa inadvertida durante toda la Edad Media y Moderna, para recién ser revalorizada a partir de 1816 cuando el célebre historiador Niebhuhr descubre por casualidad el texto completo de las *Institutas* de Gayo en el *palimpsestus* de Verona, cuya autenticidad fue reconocida bajo la autoridad de Federico Carlos von Savigny.¹⁶

Bajo la invocación “*fidi fiduciae causa*” se abría un extenso abanico de negocios que oscilaba desde lo estrictamente familiar y sucesorial hasta la regulación de las relaciones comerciales de una economía expansionista. Vínculos de reciprocidad de *officii-beneficii* entre ciudadanos (clientes, amigos y familiares), obviamente sujetos a *mores maiorum*, perfilaban ese entretejido de relaciones intersubjetivas —horizontales y verticales— de donde surgiría la elección del fiduciario: de vital y crucial trascendencia para un encargo *intuitu personae*, pues en él se depositaba toda la *fides*, es decir: plena confianza de que el *fiduciarius* cumpliría cabalmente los fines y el motivo del encargo.¹⁷

¹³ Longo, Carlo, *Corso di Diritto Romano: la fiducia*, Milano, Giuffrè, 1933, p. 70; von Mayr, Robert, *Historia del Derecho Romano*, traducción de Wenceslao Roces, Barcelona-Buenos Aires, Labor S.A., 1926, t. I, pp. 202 y 203; García Garrido, *op. cit.*, pp. 583 y 584; Belda Mercado, Javier, “La *mancipatio fiduciae causa* como garantía crediticia”, *Iustel.com. RGDR*, núm. 9, diciembre 2007, pp. 1-9.

¹⁴ Longo, *op. cit.*, p. 10-13; sobre la forma histórica de la *fiducia* véase Messina, Giuseppe, *Scritti iuridici. I-Negozi Fiduciari. Introduzione e parte I*, Milano, Giuffrè, 1948.

¹⁵ CTh.15,14,9; CTh.2,30,2. Longo, *op. cit.*, p. 164.

¹⁶ De su exégesis, la pandectística alemana con Regelsberger elaborará la *teoría general del negocio jurídico*, y la *teoría del doble efecto real y personal del negocio fiduciario*. Otto Lenel se encargaría oportunamente de demostrar las interpolaciones tratando de reconstruir lo que habría sido el texto original, recurriendo a un método sistemático para análisis del Digesto. Belda Mercado, *op. cit.*, p. 1-6. Las restituciones fueron revisadas, entre otros, por Longo, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

¹⁷ Sobre el estudio de estos vínculos y relaciones intersubjetivas véase Sagristani, Marta, *La clientela romana. Función y trascendencia en la crisis de la república*, Córdoba, Ferreyra Editor, 2006.

Es la referencia de Gayo en sus *Institutas* 2, 59 y 60 donde se conceptualizan las dos figuras: *fiducia cum amico*, y la *fiducia cum creditore*, a propósito de explicar la excepción a la regla de la usucapión producida en la *usureceptio* por la cual se permite “*usucapir a sabiendas la cosa ajena*” por posesión anual —sea el bien mueble o inmueble— cuando “*por medio de mancipatio o in iure cessio se da en carácter de fiducia una cosa a otro*”.¹⁸

Acerca de su naturaleza jurídica, no es pacífica la doctrina. Fernández de Buján lo considera un negocio formal de naturaleza real, en tanto —siguiendo la tendencia romanística moderna— García Garrido lo define como “*un contrato formal*”. Sin embargo, como bien sostiene Belda Mercado —cuyo criterio compartimos— “*en la etapa precontractual, los negocios per aes et libram creaban relaciones de poder y no vínculos civiles de obligación*” por lo cual, al no existir una *obligatio fiduciae* no existiría un *contractus fiduciae*.¹⁹

A nuestro entender resulta conveniente, en primer lugar, distinguir claramente el negocio fiduciario del acto (negocio) jurídico de transmisión del dominio fiduciario: *mancipatio* o *in iure cessio*.²⁰ En ambos actos, la mención “*fidi fiduciae causa*” inserta reviste el carácter de una *nuntiatio* que no obsta a que se opere en forma efectiva y directa la adquisición del derecho real por parte del fiduciario, pero indica la existencia de una obligación —en sus inicios meramente moral— de restituir la cosa a su anterior propietario. En segundo lugar, debemos indagar cuál es el negocio fiduciario subyacente, esto es, la verdadera *fiducia*-causa-fuente de aquella adquisición, que se formalizaba como *pactum conventum fiduciae* entre fiduciante y fiduciario, y que contenía: 1) la finalidad específica del negocio; 2) las condiciones de tiempo, modo o lugar en que debía cumplirse. Precisamente, la diferencia entre la modalidad *cum amico* y *cum creditore*, radicaría en esa finalidad inmediata.

Desde aquella perspectiva romanística moderna que se vuelca preferentemente al carácter contractual, se está omitiendo un dato relevante es que la aplicación primigenia de la *fiducia* se abrió camino en las relaciones

¹⁸ Gayo, *Institutas*, trad., introd. y notas Di Pietro, Alfredo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 235. En lo sucesivo se citará esta edición y traducción sin adicionales referencias.

¹⁹ Belda Mercado, *op. cit.*, p. 49; García Garrido, *op. cit.*, p. 583; Fernández de Buján, Federico, *Sistema Contractual Romano*, 2ª ed. aumentada y corregida, Dykinson, Madrid, 2004, p. 433.

²⁰ Así, a) en la *mancipatio*: como *imaginaria venditio* que se realizaba *per aes et libram*, el *fiduciarius*, comprador, afirma que la cosa le pertenece por derecho civil *fidi fiduciae causa*, diciendo “*hanc rem meam esse aio fiduciae causa*” y paga el precio ficto (*nummo uno*: un as o *sestertius*) al vendedor que calla y lo recibe, frente a cinco testigos y el *libripens*, portador de la balanza; b) en la *in iure cessio*: el *fiduciarius* se presenta ante el pretor como demandante en un proceso ficticio de reivindicación, afirma que la cosa le pertenece por el derecho civil *fidi fiduciae causa*; el fiduciante, demandado, se allana o nada dice, y el pretor adjudica la cosa al fiduciario.

de familia y en derecho hereditario, desde donde luego derivaría muy posteriormente el *fideicomiso*.

En efecto, si tenemos en cuenta que la *fiducia cum amico* fue —probablemente— la “*primera manifestación histórica del negocio fiduciario*”,²¹ a partir de un somero análisis en la obra de Gayo en correlación con las fuentes legales y literarias de la época arcaica y clásica observamos su funcionamiento en distintas instituciones romanas de inveterada tradición: A) la *emancipatio*, realizada mediante la triple venta del hijo;²² B) la *coemptio fiduciae causa*;²³ C) el *testamentum “per aes et libram”*, o “*per mancipationem*”²⁴ base

²¹ Fuenteseca, Pablo, “Líneas generales de la ‘*Fiducia cum creditore*’”, *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 388.

²² En el cual intervenía un “tercero *fiduciarius*,” (que lo recibía “*in mancipium*”) que con encargo de que, a cada mancipación, lo manumitiera por medio de la *vindicta*. Igual mecanismo era con fines de *adoptio*, bastando que a la tercera venta le siguiera una *remancipatio* al *pater*, y, ante el pretor, una imaginaria *vindicatio* del *filius* como propio del tercero fiduciario y aquél era adjudicado en adopción. Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 301.

²³ Gai 1,114 y ss., usada para sanear por vía indirecta, las incapacidades de hecho que la mujer tenía por su sometimiento a la *tutela perpetua mulieribus*, donde a través de una *mancipatio* como *imaginaria venditio (nummo uno)*, hecha bajo la *auctoritas* de su tutor, el “*coemptionator*”, adquiría fictamente la *manu*, pero sólo a “título de confianza”, es decir, como *fiduciario*, sin e vínculo matrimonial, y con la promesa de remanciparla ya sea a su marido o a un tercero, elegido por la mujer (quedando en el primer caso, *loco filiae*) quien luego la manumitía *per vindicta* y se convertía en su tutor *fiduciarius*. Mecanismo similar, se usó para adquirir la *testamenti facti activa*, en la primera época en que sólo las vestales podían testar; como así también, según surge del *Pro Murena* de Cicerón, para lograr la extinción de la *sacra privata* de la mujer. Gayo, *op. cit.*, p. 124.; Fuenteseca, *op. cit.*, p. 391, nota. 11.

²⁴ En el que originariamente el *paterfamilias* transfería por *mancipatio* todo su patrimonio (*familia*), a un *amicus* que se desempeñaba como *familiae emptor*. Gayo menciona expresamente el calificativo de “*amicus*”, por lo que no nos deja duda de que se trataba de una *fiducia cum amico*. El *paterfamilias* “rogaba” al *familiae emptor*, esto es, su fiduciario, bajo encargo de confianza, para que, a la muerte de aquél, repartiera los bienes del patrimonio transmitido en la forma por aquél dispuesta. El *familiae emptor*, no era heredero, sino que se colocaba *loco heredis*, y sólo estaba encargado de la gestión y traspaso de los bienes, conforme la voluntad del testador. En una época posterior, se simplificará el proceso, dividiéndolo en dos etapas: el ritual mancipatorio, por un lado, y una *nuncupatio*, (en principio oral, y luego acompañada además de las tablas del testamento), en que el *paterfamilias*, formulaba la *heredis institutio*. Era el heredero quien debería distribuir las mandas. El *familiae emptor*, como resabio antiguo, adquiriría los bienes, pero sólo como mera formalidad, aceptando el mandato de custodiar la familia y fortuna del *paterfamilias*, comprando *nummo uno* con un trozo de metal, como precio simbólico. “*ita do, ita lego, ita testor*”. Con este procedimiento, el *paterfamilias* habría podido decidir entregar su herencia, a quienes carecían de la *testamenti facti passiva*. Fuenteseca, *op. cit.*, p. 420.

del posterior *fideicommissum*, nueva institución fiduciaria *mortis causa* (véase *infra*); D) la *donatio mortis causa*.²⁵

Aparte de estas causas, habría otras que salían de aquella esfera familiar o hereditaria, *v.gr.* depósito, mandato, comodato, etc.,²⁶ los que luego se perfeccionarían contractualmente, como así también, se acostumbraba a la *fiducia cum creditore* entregando “*iure pignoris*”, es decir, con finalidad de garantía, semejante a como la prevé actualmente nuestro Código.

IV. FUNCIONAMIENTO DE LA *FIDUCIA* *CUM CREDITORE* EN ROMA

En ésta, el deudor por *mancipatio* o *in iure cessio* entregaba a su acreedor una cosa propia con la finalidad de garantizar una deuda preexistente que los vinculaba y que, *fidi fiduciae causa*, el *creditor* se comprometía a restituirla por medio de una *remancipatio* una vez cumplida la deuda.

Si bien no constituye un derecho real autónomo, y sólo reviste el carácter de *pactum conventum*, al concederse la *actio fiduciae*, se transformó en antecedente de las acciones que luego se reconocerían al *pignus* y a la *hypotheca* elevándolos para constituirse en un *iura in re aliena* de garantía.

En aquel “bronce de Bonanza”, “fórmula” o *Tabula Baetica*, se ofrece un modelo de formulario del negocio realizado mediante *mancipatio fidi fiduciae causa nummo uno*, es decir que ya no se trata de una venta real sino ficticia y simbólica por medio del cual se mancipa el *fundus Baianus* y el *servus Mida*, que tiene agregado un *pactum conventum* entre el *mancipio dans* y el *mancipio accipiens* por medio del cual el fundo Baiano y el esclavo quedan sujetos al vínculo fiduciario hasta que la deuda garantizada se haya pagado.²⁷ En éste, ambas *res mancipio data* permanecen como *res obligata pignoris iure*.

²⁵ En esta, la propiedad es adquirida inmediatamente por el donatario, pero sabiendo que debe devolver al transmitente si sobrevive al peligro con ocasión del cual se realizó el acto, y que si era de una *res mancipi* y debía ser transferida por el rito de *mancipatio*; se requería que se realizara un *pactum fiduciae* o una *stipulatio*, pues el acto mancipatorio no toleraba ser sometido a términos ni condiciones; García Garrido, *op. cit.*, p. 954; Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 658 y 659.

²⁶ La elasticidad de la *fiducia cum amico*, permitía salvaguardar los bienes, poniéndolos en manos de un *amicus*, en los casos de que se hubiere dictado, *vg.* una *interdictio de aquae et ignis, exilium* o *deportatio in insulam*, que provocare una *capitis deminutio*, acompañada frecuentemente de la confiscación de los bienes, mecanismo muy usado en momentos de persecución política, durante la época Republicana. Fernández de Buján, *op. cit.*, p. 434.

²⁷ “*usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunia fidesve persoluta l. titi soluta liberataque esset...*” Longo, *op. cit.*, p. 11.

Si esta *mancipatio fiduciae causa* concedía un dominio imperfecto *ex iure quiritum* puesto que el *fiduciarius* incorporaba las cosas entregadas *pignoris iure* bajo su potestad dominical como *mancipium* manteniéndolas sólo a efectos de asegurar el cumplimiento de la obligación, está discutido por autores que consideran que el fiduciario se hacía verdadero propietario con todos los poderes inherentes al dominio.²⁸

Si bien la *fiducia cum creditore* es una institución de corte netamente romano, y para ciudadanos romanos, habría existido una figura afín en derecho griego, antecedente remoto de la hipoteca, la *praxis epi lysei*, en la cual el propio acreedor se hacía propietario exclusivo de la cosa dada en garantía desde el día del contrato, dejando al deudor como precarista.²⁹

V. EL FIDEICOMISO ROMANO

Podríamos válidamente suponer —como dijimos— que, sobre la base del *testamentum per aes et libram*, se habría forjado el posterior *fideicommissum* como acto fiduciario *mortis causa* utilizado para subsanar por vía indirecta u oblicua las prohibiciones testamentarias en relación a la herencia. Quiere decir, entonces, que, desde la época arcaica a la clásica, encontramos en Roma tres negocios fiduciarios *mortis causa*: el testamento mancipatorio, el fideicomiso y la donación por causa de muerte. En las Institutas de Gayo 2,248 a 269, encontramos amplia mención, dedicando éste varios fragmentos para aclarar sus diferencias con los legados en 2,268 a 289.³⁰

²⁸ Vgr. Fuenteseca, *op. cit.*, p. 393, considera que la *mancipatio fiduciae causa* sólo le otorga el bien *in potestate* y no en *dominium*. Iglesias considera que atribuye propiedad, *op. cit.*, p. 368.

²⁹ Así consta en un *horoí*, documento epigráfico recogido por Di Paoli. “*la casa y el terreno están gravados por un montante de 800 dracmas, de tal forma que el acreedor es el propietario y dueño, de acuerdo con el contrato que se conserva en casa de Dínias Eunomeo*”. (Epígrafe IG II, 1139). Robles Velasco, Luis Mariano, “La práctica comercial marítima y su influencia en las formas de garantía”, *Ridrom, (Derecho Romano, Tradición romanística y Ciencias histórico-jurídicas)*, Octubre-2014, Universidad de Castilla, La Mancha, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, <http://www.ridrom.uclm.es/>.

³⁰ Era una disposición de última voluntad realizada por el *fideicomittens* a título, ya sea particular o universal, en que, bajo la forma de “ruego” dirigido a quien por ley o por testamento tomaría los bienes, esto es “*heredero fiduciario*”, le pedía (*peto, rogo, volo, fidei committo*) que entregue la herencia o parte de ella a un tercero, beneficiario, llamado *fideicomisario*”. Las fórmulas usadas: *Aliquo petere, aliquem rogare, fidei alicui committere*. Por un mecanismo semejante, podía llegar a disponerse la *manumissio fideicommissaria*. mediante la cual el causante “rogaba” al *fideicommissarius* que manumitiera a un esclavo, propio o ajeno. Los sujetos intervinientes son aquí tres: el *fideicomittens* (fideicomitente), quien realiza el encargo a otro, su heredero instituido, siendo éste quien cumple el papel de *heres fiduciarius* (heredero fiducia-

VI. EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO Y SU DESEMBARCO EN AMÉRICA

Los estudios más específicos sobre la *fiducia* elaborados por Longo³¹ revelan cómo la institución de la *fiducia* que se había mantenido viva durante toda la época clásica fue cayendo en desuso en época postclásica.³² Mientras se contempla el declive de la fiducia en la Edad media y moderna, el fideicomiso quedando como única institución fiduciaria *mortis causa* se difunde ampliamente como modo de alterar el orden sucesorio. De este modo, mediante un sistema de sustituciones fideicomisarias se mantuvieron los grandes latifundios en manos de una misma familia durante generaciones, lo que ayudó a perpetuar el régimen feudal. En los siglos VI a XXI, el fideicomiso termina por desarrollarse incluso *contra legem*, es decir, al margen del ordenamiento jurídico,³³ para ser genéricamente prohibido —salvo alguna excepción— en las Siete Partidas, normativa que recién alcanzó obligatoriedad un siglo después al dictarse el Ordenamiento de Alcalá (1348).

rio), en beneficio de un tercero, llamado *fideicommissarius* (fideicomisario). Habría ido evolucionando: 1) superar los formalismos de los legados *v.gr.* cuando no había *testamenti factio pasiva*; 2) se instala en época de Augusto, creándose un pretor fideicomisario y permitiendo la *cognitio extraordinem*; 3) es reformado por los Ss.Cc. Trebelliano y Pegasiano; 4) se logra una fusión recíproca entre legado y fideicomiso. Gayo, *Institutas*, pp. 359 y 360.

³¹ Longo, *op. cit.*, pp. 163 y 164.

³² Hacia el fin del siglo IV; todavía habría sido utilizada en época postclásica pues figura en los Fragmentos Vaticanos y en el Código Teodosiano. Para el siglo V, encontramos en Occidente, algún pasaje de la Lex Romana Visigothorum (Breviario de Alarico) y algún papiro del 453 y referencia posteriores de San Ambrosio, Sidonio Apolinario, Isidoro de Sevilla, pero que sólo dan alguna definición más teórica que práctica del instituto. En Oriente, por el contrario, ya a principios del siglo V no se encuentran trazos y por ello es cancelada en la constitución justiniana más impregnada de derecho bizantino. *Idem*.

³³ Así señala Merino Hernández al ponderar comparativamente la fiducia sucesoria de Aragón, dentro del conjunto de delegaciones sucesorias que habrían derivado del derecho romano. Referido al derecho de Castilla donde no existió normativa uniforme según distintos momentos históricos, observa que, si bien la delegación sucesoria aparece expresa en el Fuero Real (1254-1255, Alfonso X “El Sabio”), es luego terminantemente prohibida en las Siete Partidas, ya basada no en el derecho consuetudinario foral, sino en el derecho romano. Pero éstas, sólo mediante el Ordenamiento de Alcalá en 1348 por Alfonso XI alcanzaron vigencia, quedando rechazadas así globalmente todas las instituciones de confianza, es decir, yendo mucho más allá que el derecho justiniano: La Ley XI, T. III, Part. VI rechaza toda delegación, y sólo con respecto a la herencia de confianza la L. XIII, T. VII, Part. VI, admitiéndose siempre que el encargo no se hiciera en secreto y los posibles fideicomisarios fueran capaces de heredar. Merino Hernández, José Luis, *La Fiducia Sucesoria en Aragón*, Aragón, Colección El Justicia de Aragón, 1994, pp. 25-32.

Ante la disparidad existente en los ordenamientos forales donde aún se admitía una fiducia sucesoria, los Reyes de Castilla finalmente avalaron las delegaciones sucesorias y mayorazgos como privilegios de la nobleza, en las Leyes de Toro (1505).³⁴ Pero cabe aclarar que todas estas disposiciones refieren, en definitiva, a la fiducia mortis causa o al fideicomiso y no a aquellas *fiducia cum amico o cum creditore* romanas, la que se mantuvieron ocultas por más de catorce siglos.³⁵

Los legisladores de la Revolución Francesa consideraron al fideicomiso atentatorio de su lema “*libertad, igualdad y fraternidad*”, sin apreciar sus múltiples utilidades y lo abolieron completamente del Código Civil Napoleónico de 1804, pues entendieron que todo fideicomiso consistía en una sustitución *fideicomisaria*.³⁶ Por ello, en el Estatuto de Bayona artículos 135 a 139 (1808), se promovió la conversión de fideicomisos, mayorazgos o sustituciones existentes a la fecha.³⁷

En su *Proyecto de Código Civil Español* (1851), García Goyena pretendió la sanción de nulidad de toda sustitución fideicomisaria, siguiendo el derecho francés vigente (artículo 635), sin embargo no llegó a consagrarse legalmente y, por el contrario, en el *Anteproyecto de Código Civil Español* (artículo 782) (1882-1888) será permitida, influyendo en la sanción del Código Civil de 1889, que la define y acepta.³⁸

³⁴ Se enumeran en ley XXXIII los actos *mortis causa* que, en nombre de un causante, puede realizar un comisario con poder especial dentro del plazo máximo de 4 meses. En la Novísima Recopilación de 1805 (Carlos IV) se incluye el texto de dicha ley. García Goyena explicaba que el artículo 558 del anteproyecto dejaba derogada aquella ley, pero tal derogación no fue absoluta pues el artículo 831 es una importante excepción a la supuesta prohibición, en caso de viudedad, lo que la doctrina española considera como una transacción entre la prohibición de delegaciones del Código y la amplia libertad fiduciaria de los derechos forales. *Cfr. idem.*

³⁵ Álvarez, José María, *Instituciones de Derecho Real de España*, adicionadas con varios apéndices, párrafos por Dalmacio Vélez, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834, pp. 326 y ss.

³⁶ Peña González, Juan José, *Historia Política del constitucionalismo español*, Madrid, Dickinson, 2006, p. 51; García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-editorial, 1852, p. 84.

³⁷ Los nuevos, sólo serían posibles mediante autorización Real, manteniéndose así los “*fideicomisos familiares*”, los que fueron finalmente abolidos en 1820, por la Ley de Desvinculación, restablecida por Real Decreto de 1836.

³⁸ El artículo 781 la define como aquella “*en cuya virtud el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o la parte de la herencia*”, pero en la que, a fin de evitar las que pudieran equivaler a mayorazgos o vinculaciones, se establecen una serie de restricciones: 1) Que no pase la sustitución del segundo grado o se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. 2) Que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria han de ser expresos, con lo que desaparecen los llamados fideicomisos tácitos o albaceazgos

La situación fue recibida en forma más que disímil en toda Latinoamérica, conforme se iba transitando el camino hacia la Independencia. Habrá territorios donde se mantuvieron más arraigadas las viejas tradiciones coloniales y se mantuvo la institución; en tanto otros —como es el caso de las Provincias Unidas del Río de la Plata— prefirieron su abolición. Por ello, nuestro antecedente patrio —opuesto al español y congruente con la decisión de la *Asamblea del Año XIII*— llevó a que Vélez Sársfield declarara la nulidad de las sustituciones fideicomisarias (artículos 3723 y 3724 Cc.Arg.) siguiendo el postulado del *Code Civil*.³⁹ No obstante ello, influenciado por Teixeira de Freitas, admitió como una modalidad del dominio imperfecto al: “*dominio fiduciario*” (artículo 2662 Cc.Arg.) en una redacción que propició la discusión doctrinaria ya referenciada. Pero aún —como dijéramos *supra*— ni fiducia, ni fideicomiso, serían abierta y francamente permitidos hasta la llegada de la Ley 24441.

VII. LA FIDUCIA LATINOAMERICANA

A principios del siglo XX, en los países centroamericanos de mayor vínculo con los E.U., se había advertido crecientemente la necesidad de admitir inversiones de capitales extranjeros para el progreso económico local. Comienza, entonces, el debate sobre cómo introducir el *Trust* en estos países de raigambre romanista. El *Proyecto Vera Estañol*, con las influencias doctrinarias de Alfaro (*teoría del mandato irrevocable*) y de Lapaulle (*teoría del patrimonio de afectación*), sentó las bases de su apertura en la América del *civil law*, encuadrando al *trust anglosajón* bajo el ropaje de la *fiducia* y *fideicomiso* romanos.

En 1924 se sancionó en México la Ley General de Instituciones de Crédito en la que precisa que sólo se admite el fideicomiso expreso, régimen que fue consolidándose sobre el antecedente de la Ley de Bancos de Fideicomisos (1926) y la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (1932) —finalmente abrogadas— mediante Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (1941), que —conjuntamente con el Código de Comercio— regulan y reglamentan el fideicomiso, así como las reglas de ejecución de los dados en garantía.⁴⁰

de confianza. 3) Que las sustituciones nunca podrán gravar la legítima, y si recayeren sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.

³⁹ Álvarez, *loc. cit.*

⁴⁰ La financiación de la construcción de ferrocarriles mejicanos, fue autorizada por el gobierno, admitiendo que la operación del *trust*, al que luego llamarían *fideicomiso*, comprendía un conjunto de contratos típicos: préstamo, mandato, hipoteca. Recién en 1905 es pre-

Podemos dividir el mapa latinoamericano en dos grupos: los que mantienen una postura amplia permitiendo como fiduciarios a personas físicas o jurídicas, y los que asumen la postura restringida pues sólo admiten como fiduciario a la persona jurídica. En postura amplia, la figura argentina actual en su artículo 1673 Ccc.Arg. mantiene el sistema de la Ley 24441 sin requerir un fiduciario “profesional”, con lo cual se muestra como una institución más flexible y con posibilidades más aproximadas al *trust*, postura también seguida por la más reciente Ley de Fideicomiso de Uruguay (17.703/03).⁴¹ Tampoco coinciden todos los países en el plazo máximo de duración, pues oscila desde los 20 años (México) a los 80 o más (Ecuador). En Argentina el tope prescripto es de 30 años.

Pero la diferencia más radical entre la fiducia mejicana y las restantes de Latinoamérica, es que México autoriza a la fiduciaria ser fideicomisaria cuando administra un fideicomiso en garantía de sus créditos, en tanto las restantes, prohíben que la misma persona pueda reunir el carácter de fideicomitente-fiduciario, o fideicomisario-fiduciario, postura que, en Argentina, surge a corolario del artículo 7 L. 24441 y en el artículo 1676 Ccc. Arg. actual. En algunos países, incluso, se prohíbe que pueda existir un beneficiario-fiduciario, lo que en nuestro país se admite en el artículo 1673 siempre que se evite todo conflicto de intereses.

sentado por el Lic. Vera Estañol, el Proyecto Limantour (nombre del Secretario de Hacienda), y que habría sido el primer intento mundial de adoptar el *trust* en sistemas de tradición romanista. Pero no llegó a aprobarse. Más adelante, en 1926 se presentaría el Proyecto Vera Estañol, que constituyó un paso importante para su evolución. El Panameño Ricardo Alfaro, había influenciado doctrinariamente, tomando un criterio pragmático para que se pudiera introducir “una figura exótica, innovadora y de concepción difícil para los no familiarizados con el derecho anglosajón”, y teniendo en consideración la teoría sobre patrimonio de afectación del francés Pierre Lapaulle con su teoría del mandato irrevocable. Si bien hoy en día, tal doctrina está superada, México, siguiendo a Alfaro, en 1926, definió a la institución como “un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que se disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entregó, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario”. Se dejó de lado el *implied trust*, y consagró aquella teoría del patrimonio de afectación, creando los bancos de fideicomiso; luego en 1926, dictó la Ley de Bancos de Fideicomiso que fue abrogada en el mismo año, pero incorporado su texto a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios en 1932. Se prohibieron: 1) los fideicomisos secretos; 2) las sustituciones fideicomisarias, salvo a favor de personas que vivan a la muerte del fideicomitente, 3) los que duren más de 30 años si el beneficiario es persona jurídica que no sea entidad de beneficencia u orden público (con excepción de mantenimiento de museos científicos o artísticos). Rodríguez Azuero, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

⁴¹ Uruguay mejora el sistema, obligando a los fiduciarios que actúen en forma habitual y profesional, como así también a los particulares que sean fiduciarios en más de 5 fideicomisos, a inscribirse en el Registro Público de Fiduciarios.

En algunas legislaciones latinoamericanas no apreciamos ninguna diferencia entre la figura del beneficiario y fideicomisario, en tanto que otras los contemplan por separado: el beneficiario es quien recibe el provecho de los bienes fideicomitidos durante la vigencia del fideicomiso, mientras que el fideicomisario es el destinatario final del remanente de los bienes. Tal es el modelo argentino que, de un esquema básico tripartito, puede tornarse en cuatripartito, donde se observan cuatro sujetos con intereses jurídicos diferenciados, aunque no todos serán considerados “parte” del negocio fiduciario.⁴²

VIII. LA FIDUCIA DE GARANTÍA EN ARGENTINA

Según lo esbozado por Lisoprawski y Kiper,⁴³ mediante el fideicomiso en garantía un deudor —actual o potencial— transfiere fiduciariamente uno o más bienes de su propiedad a un fiduciario —que puede o no ser su acreedor— con la instrucción de mantener la propiedad, administrarla —por sí, por un tercero o por el propio deudor—, designando como beneficiario al mismo acreedor o bien instruyendo al fiduciario para que se obligue como garante con los acreedores que indique el fideicomitente, a destinar los bienes o su producido para atender las obligaciones garantizadas que no sean cumplidas, sean anteriores, concomitantes o futuras respecto al fideicomiso.

El fiduciante, a cambio de la transmisión del bien al fiduciario, adquirirá, respecto de éste y su patrimonio separado, un derecho personal a la restitución si cumple como es debido con la obligación garantizada, no existiendo acciones reales sobre los bienes para perseguirlos o reivindicarlos, sino sólo acciones personales por incumplimiento y por daños y perjuicios contra el fiduciario.

⁴² Postura amplia: Argentina, Uruguay, Panamá, Costa Rica; Postura restringida: Bolivia, Chile, Guatemala Colombia, Honduras, Cuba, México, Venezuela, Ecuador, Perú, El Salvador, Paraguay. Repudian que el fiduciario adquiera finalmente los bienes: Honduras, Guatemala, Paraguay, Bolivia, Costa Rica, Salvador, Venezuela, y Argentina (artículo 7 L. 24441 y artículo 1676 Ccc.Arg. actual). Brasil, tiene una disposición más permisiva ya que, si bien declara nula la cláusula que autoriza el propietario fiduciario a quedarse con la cosa enajenada en garantía si la deuda no es paga en el vencimiento, lo cual impide al fiduciario- acreedor ser fideicomisario del contrato, permite que, después del vencimiento de la deuda, el deudor, con la anuencia del acreedor, le entregue su derecho eventual a la cosa en pago de la deuda. En cuanto a la duración: 20 años: México, Colombia; 25: Guatemala, Salvador; 30: Honduras, Venezuela, Argentina, Uruguay, Bolivia, Perú, Costa Rica, Paraguay; 80: Ecuador, salvo mayor si es por fines culturales, de investigación, altruistas o filantrópicos. Rodríguez Azuero, *op. cit.*, pp. 74-95 y cd-rom anexo; Márquez, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

⁴³ Kiper-Lisoprawski, *op. cit.*, pp. 463 y 464.

Entre las innúmeras ventajas para el acreedor, encontramos que, siendo la garantía autoliquidable por excelencia, su cumplimiento es más económico, pues obvia el lento proceso judicial de ejecución; queda fuera de la órbita concursal o quiebra (salvo caso de fraude artículo 15 L. 24441 y 1686 del Código actual); permite la realización de la garantía a valores de mercado por un procedimiento menos costoso y más ágil; y, sobre todo, frente a la prenda y la hipoteca, el acreedor garantizado con fiducia goza de pago preferencial sobre los otros acreedores del deudor, sin recurrir a un privilegio sobre la cosa como en aquéllas, sino sólo porque los bienes no están en patrimonio del deudor pues forman el patrimonio separado del fiduciario para cumplir los fines del fideicomiso.

La reducción de costo, indudablemente, también beneficia al deudor para el caso de que no pague y deba ejecutarse la garantía: no caben gastos de justicia; puede usar la garantía en beneficio de acreedores sucesivos rotando beneficiarios, pudiendo vincular un nuevo beneficiario —con aceptación del fiduciario— dentro del cupo de garantía libre o remanente después de los pagos parciales de las obligaciones garantizadas originariamente.⁴⁴

En cuanto a la fiducia en garantía, el artículo 1680 del nuevo ordenamiento autoriza un sistema dual para el pago de los acreedores:

... el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes.

IX. CONCLUSIONES DEL COTEJO DE LA FIGURA ROMANA Y LA ARGENTINA ACTUAL

Si tenemos en cuenta cómo está configurada en las *Institutas* de Gayo la *fiducia cum creditore contracta* (2,60) “Si se ha conferido fiduciariamente, ya sea con un acreedor, conforme con el derecho de prenda ...que nuestras cosas estén en seguridad de ellos...”,⁴⁵ sólo encontramos dos sujetos: *fiduciante-deudor* y *fiduciario-acreedor*. Pero, por otro lado, vemos que, respecto al *fideicommissum*

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 465-467.

⁴⁵ Gayo, *Institutas...*, *cit.*, p. 235.

(2,250 y ss.), Gayo nos dice que “es necesario que un heredero sea instituido rectamente de acuerdo a derecho y que se confíe en su buena fe para que él restituya la herencia a un tercero”.⁴⁶ Es decir, al *testador-fiduciante* y *heredero-fiduciario*, se agrega ese tercero: el beneficiario o fideicomisario. Sin embargo, corresponde resaltar que, la existencia de un tercer beneficiario, si bien no consta en la referencia a la *fiducia cum creditore*, no era, en Roma, ajeno a la práctica de la *fiducia cum amico*, pues aquél tercero que, directa o indirectamente, recibía los beneficios del negocio fiduciario conforme a los fines que hubiera dispuesto el fiduciante, era su *beneficiario*.

Como se advierte, ambas instituciones romanas influyeron en la modelación de la figura actual, distinguiéndose en algunas legislaciones, como la Argentina, entre *beneficiario* de los provechos durante la vigencia del fideicomiso o fiducia, y *fideicomisario* como receptor del remanente de los bienes una vez terminada y agotada su vigencia, permitiéndose así que el esquema de bipartito (<*fiducia cum creditore*) pueda ser tripartito (<*fideicomisso/ fiducia cum amico*), y se transforme en cuatripartito si no coinciden beneficiario o fiduciante con el fideicomisario (<*fideicomisso*), según cada supuesto.

Respecto a los sujetos, se hallan caracterizados en el nuevo Código por los artículos 1671, *beneficiario*; 1672, *fideicomisario* y, 1673, *fiduciario*, respectivamente, normas de las que podemos extraer las siguientes conclusiones: 1) pueden ser beneficiarios: el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario; 2) en caso de no aceptación, renuncia o inexistencia de beneficiario, lo es el fideicomisario; 3) pueden ser fideicomisarios: el fiduciante, el beneficiario o una persona distinta; 4) no puede ser fideicomisario el fiduciario; 5) en caso de no aceptación, renuncia o inexistencia de fideicomisario, lo es el fiduciante.

El sistema, como vemos, no coincide con el de la *fiducia cum creditore romana*, donde el *fiduciario-acreedor* recibe la cosa en propiedad fiduciaria y la tiene en su patrimonio. Coincidimos con los autores, como Longo,⁴⁷ que entienden que se concede el pleno *dominium ex iure quiritum* al *fiduciario*. Entendemos que éste es el *beneficiario* durante la vigencia de la *fiducia*, pues adquiere el dominio de la cosa al igual que los frutos que ésta produzca, pudiendo quedarse definitivamente con ella, como si fuera un *fideicomisario*, si la deuda

⁴⁶ Gayo, *Institutas...*, cit., p. 362.

⁴⁷ Sobre la *fiducia romana*, Longo nos enseña que la propiedad del acreedor fiduciario era por necesidad temporánea y transitoria, y condicionalmente resoluble, pues aquél es propietario hasta que llegue su obligación de remancipar. Sería por tanto “un tipo singular de dominio”, pero dominio, al fin, pues suya es la legitimación activa en la *rei vindicatio*, en la *condictio furtiva*, ya sea contra terceros o incluso el mismo fiduciante, como así también le competían exclusivamente las acciones *confessoria* y *negatoria sertitutis*, que le estaban vedadas al *mancipio dans*, esto es al fiduciante, por haber transferido su derecho de dominio. Longo, *op. cit.*, pp. 76-78.

principal no es cancelada oportunamente por el deudor-*fiduciante*, para lo cual no requiere necesariamente ningún pacto comisorio expreso.

Si, cancelada la deuda por el fiduciante, el *fiduciarius* incumple su obligación de proceder a la *remancipatio* y no se ha producido la *usureceptio*, el fiduciante carece de *actio reivindicatoria* y sólo puede ejercer una *actio fiduciae* —que es sólo *personal*— para perseguir el resarcimiento de los daños y perjuicios que le ha causado la actitud del fiduciario infiel: de allí el doble efecto, real y personal de la fiducia.

Opuestamente, en nuestro sistema —a diferencia del mexicano—, si bien podríamos tener un acreedor-fiduciante-beneficiario, éste no podría jamás quedarse definitivamente con la cosa, pues obsta a ello “*la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos*” prescripta en las “*dispensas prohibidas*” del artículo 1676 ya citado.

Los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio separado del propio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario según dispone el artículo 1685 actual, sin entrar nunca en el patrimonio del fiduciario: ni durante la vigencia, ni durante su finalización.

Su dominio es imperfecto, no pleno, atento lo dispuesto en los artículos 1701 y 1964 *corr. y conc.* del nuevo ordenamiento, al punto que, aún cuando se le reconocen las facultades de dueño perfecto respecto a los actos jurídicos que se ajusten al fin del fideicomiso y a lo pactado, sin embargo, a la extinción del fideicomiso y por prescripción legal, se readquiere el dominio perfecto a favor del fideicomisario o del fiduciante, en su caso, pues “*el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto*”, debiendo inscribirse la readquisición sólo en caso de que la cosa sea registrable y exija el modo de inscripción constitutiva (artículo 1706) o, si no lo es, al mero efecto de oponibilidad frente a terceros.⁴⁸

Ubi lex non distinguit, el artículo 1680 al no discriminar si los créditos que deben ser abonados durante la vigencia del fideicomiso pueden ser propios del fiduciario o ajenos, es decir, de un tercer-acreedor, permiten ambas situaciones: acreedor-beneficiario de la garantía —con lo que se asemeja más a la *fiducia cum creditore romana*— o que el fiduciario garantice y pague con el patrimonio fiduciario los créditos de un tercer-acreedor-beneficiario que tenga el fiduciante-deudor, resultando, de este modo, en cuanto a su estructura, un híbrido entre la *fiducia cum creditore*, la *fiducia cum amico* y el *fideicommissum*.

⁴⁸ Muy criticado por la doctrina, se trataría de un *constituto posesorio legal* (artículo 1892 Ccc.Arg.), que se aparta del sistema anteriormente imperante en el sistema del Código de Vélez Sársfield (artículo 1371 inciso 2) que requería, para ello, la *traditio*: Rivera-Medina, *op. cit.*, p. 899.

Podemos, entonces, concluir en dar por probada nuestra hipótesis, pues en ciertos aspectos vemos reducidos los efectos de su antecedente romano y, en otros, ampliadas sus posibilidades, con una estructuración tri o cuatripartita, sin que —no obstante— se altere su esquema esencial de negocio fiduciario, demostrando una continuidad histórica de la institución por más de dos milenios de antigüedad desde Roma a la actualidad.

DERECHO PÚBLICO

RAÍCES ROMANÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Carlos R. CONSTENLA*

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *El Defensor del pueblo. Emergente institución de garantías para la protección de los derechos humanos. El ombudsman, sus orígenes y su transformación en el Defensor del pueblo*. III. *Lo que va del Tribuno de la plebe al Defensor del pueblo*. IV. *Conclusiones*.

I. PREMISA

Este trabajo tiene por objeto demostrar que la institución del “Defensor del pueblo” encuentra sus raíces en la figura romana del “Tribuno de la plebe” y no, en cambio, en el ombudsman escandinavo; asimismo se pretende demostrar que esta afirmación no puntualiza una referencia histórica concreta o general, sino que se funda en las características de la propia institución, tanto en la explicación de su naturaleza jurídico-institucional, así como en el objeto y alcances de su mandato.

II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO, EMERGENTE INSTITUCIÓN DE GARANTÍAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL OMBUDSMAN, SUS ORÍGENES Y SU TRANSFORMACIÓN EN EL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. *Ecos romanísticos en el Defensor del pueblo*

En el último cuarto del siglo pasado, apareció, primero en España (1978) y luego en Latinoamérica (Colombia 1991) una nueva institución llamada De-

* Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo.

fensor del pueblo cuya misión era la de proteger los derechos humanos. Sin embargo, esta figura tenía, contemporáneamente, otras exteriorizaciones, pero con distinto nombre. En Portugal (1976) *Provedor de Justiça*; en Guatemala (1985) Procurador de los Derechos Humanos. Distingo por su denominación, porque tiene que ver con lo que se pretende demostrar en este trabajo.

Efectivamente, la simple enunciación de este instituto como “Defensor del pueblo”, lo está emparentando con tradición romana clásica. Las referencias históricas al Tribuno de la plebe, y *Defensor civitatis* evocan al moderno Defensor del pueblo. En un antiguo compendio italiano de mediados del siglo XIX se puede leer: “*il tribuno del popolo era... il difensore del popolo. Il tribuno del popolo ossia della plebe, per garantirlo dall’oppressione dei grandi, della barbarie, degli usurari e per difendere i suoi diritti e libertà contra gli attentati dei consoli e del senato ed era riputato il capo e difensore del popolo*”.¹ Edward Gibbon, según se verá, también lo llamará de este modo.

Los países que adoptaron otros nombres (Portugal, Guatemala, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua), lo hicieron por circunstancias coyunturales ya que, en sustancia, regularon de modo semejante a sus instituciones equivalentes.

Sin embargo, no es a una referencia histórica a lo que nos referimos. Conceptualmente adscribir a una concepción romanística de la institución del Defensor del pueblo, explicará su naturaleza jurídica y los alcances y contenidos de su función. De otro modo esta figura se convertiría en la quinta rueda de un carro reducida a la módica intención de tener una oficina de reclamos por cuenta del parlamento.

¿A qué responde tanta aclaración y reivindicación de la procedencia romanística de este instituto?

Contesta la ambigua construcción que se hizo de esta institución a la sombra de otra figura con la que ha mostrado ciertas notas en común: el ombudsman.

2. *El ombudsman escandinavo*

La figura del *ombudsman* apareció en Suecia en 1809. Fue un producto del constitucionalismo triunfante después de la revolución francesa; se trataba del potenciar el poder del parlamento frente a la corona como un organismo de control. Entidades de control habían existido en el pasado y

¹ Foramiti, Francesco D. (compilatore), *Enciclopedia legale. Ovvero lessico ragionato di Gius Naturale*, 2ª ed., Venezia, Giuseppe Antonelli, 1842, t. IV, p. 2356.

existían entonces; la novedad era que ese control se hacía desde una instancia independiente. En una palabra, los controles se hacían antes a favor del príncipe e, indirectamente a favor del pueblo, ahora el beneficiario del control era el pueblo, a través de sus representantes.

Sin embargo la figura del *ombudsman* no fue asimilada por la doctrina política liberal; no encuadraba en la idea dogmática de la división de poderes ya que una de las peculiaridades del *ombudsman* era no ser solamente independiente del poder ejecutivo, sino también del poder legislativo que lo designaba. No era compatible; y además el *ombudsman* parecía ser más adecuado para la burocrática administración escandinava.² Habría que esperar hasta 1918 para que en Finlandia se creara una institución semejante y hasta la post guerra, en 1954, para que otro país escandinavo, Dinamarca, lo estableciera en condiciones históricas muy diferentes a las existentes en 1809.

3. *El Defensor del pueblo ibérico*

Los países que siguieron de a poco adoptando esta institución, lo hicieron con la idea de mejorar los controles que los mecanismos tradicionales del constitucionalismo liberal, habían sido incapaces de satisfacer. En Estados con una fuerte intervención en el proceso económico, con importantes responsabilidades sociales a su cargo, y con regímenes políticamente democráticos, el *ombudsman* aparecía como una magistratura eficaz para proteger a las personas más vulnerables de la sociedad, frente a las injusticias, la arbitrariedad, la burocracia y la mala administración. Pero cuando el *ombudsman* se instala en la península ibérica, vive un cambio fundamental. Después de haber sufrido largas dictaduras, se estableció esta magistratura a mediados de la década iniciada en 1970, para que defendiera la efectiva vigencia de los derechos humanos. Para eso se la dotó de nuevas herramientas: facultades de investigación y legitimación procesal para interponer la acción de amparo frente a las arbitrariedades de la administración, a la vez que la de promover el recurso de inconstitucionalidad ante leyes o reglamentos que a su juicio vulneraran los derechos fundamentales de las personas. En una palabra se le dio a este funcionario una potestad impeditiva, algo así como un poder de signo contrario, que nos hace sostener que la verdadera naturaleza del Defensor del pueblo no es la de un comisionado parlamentario como en el caso del tradicional *ombudsman*, sino tribunicia.

² Legrand, André, “Une institution universelle?: L’Ombudsman?”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris vingt cinquieme année, octobre-décembre 1973, núm. 4, p. 351.

Puede observarse de qué manera se difuma la idea fideicomisaria o de mandato legislativo del *ombudsman*, y se devela la esquizofrénica contradicción que apuntó Antonio Colomer entre lo que puede hacer el Defensor del pueblo y su relación con el parlamento que lo designa, pero al que no está sometido ni subordinado.³ El Defensor del pueblo es hoy una reelaborada manifestación del “poder negativo” que había sido propia del Tribuno de la plebe en la antigua Roma.

III. LO QUE VA DEL TRIBUNO DE LA PLEBE AL DEFENSOR DEL PUEBLO.

1. *El Tribuno de la plebe*

Debemos básicamente a los historiadores clásicos Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso el conocimiento de esta singular magistratura sobradamente nombrada, muy conocida, poco estudiada y casi no comprendida.

La desmedida preponderancia que en el estudio del derecho romano se ha dado al derecho privado, determinó que las referencias a ciertas instituciones públicas romanas no pasaran de ser simples referencias históricas que no calaron en profundidad el sentido, el valor y sobre todo la vigencia institucional y política que tuvieron desde su lejano pasado hasta el presente. No amenguó este desinterés, el hecho de que muy destacadas personalidades del pensamiento político y filosófico como Maquiavelo, Mariana, Calvino, Altusio, Spinoza, Montesquieu, Rousseau y Fichte, se hayan ocupado de algunas de sus instituciones, no ya como antecedente histórico, sino como una real y efectiva referencia jurídica a tener en cuenta en la organización política de la sociedad.

La república romana se estableció en el año 509 a.C. por Lucio Junio Bruto que hizo jurar al pueblo no consentir jamás el gobierno de un rey en

³ “Otro problema... es la deriva un tanto esquizofrénica de la naturaleza de nuestro Defensor que en su origen es Comisionado de las Cortes Generales y, por otro, puede recurrir las leyes emanadas de tales Cortes. Ciertamente es que el artículo 6 de la Ley Orgánica del Defensor señala que no está sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio” (Colomer Viadel, Antonio, “El Defensor del pueblo entre el Tribuno de la Plebe y el ‘poder negativo’” en Colomer Viadel, Antonio (coord.), *Regenerar la Política*, Ugarit, Valencia 2008 p. 135). El caso es válido para casi todos los ordenamientos jurídicos.

Roma.⁴ Como dice Attilio Mastrocinque, la constitución republicana implicaba que los poderes, las funciones, el culto, los espacios que pertenecían a los ciudadanos, fueran confiados al pueblo.⁵

El año 494 a.C. las injustas condiciones sociales imperantes en Roma en el periodo monárquico, sobre todo la sumisión de los pobres y de los deudores al poder usurero de los patricios, entró prontamente en contradicción con las supuestas políticas de igualdad que sustentaba el nuevo régimen republicano. Si una persona es demasiado pobre y su pobreza le impide disfrutar de aquellos que es de todos, que es “público”, entonces la idea de lo “público”, comienza a perder sentido.⁶

La crisis producida entre patricios y plebeyos derivó en la llamada secesión de la plebe que abandonó Roma y se estableció en el Monte Sacro sobre el río Anio, a pocos kilómetros de la urbe. La sagaz mediación de Menenio Agripa,⁷ facilitó el retorno de la plebe, al año siguiente, pero modificando sustancialmente las normas y creando una nueva magistratura: la del Tribuno de la plebe.⁸ “Concedednos elegir cada año de entre nosotros, un cierto número de magistrados sin otro poder que el de ayudar a los plebeyos que hayan sido objeto de injusticia o violencia y el de no permitir que nadie sea privado de sus derechos”.⁹ Su misión era la de defender al pueblo contra todo abuso del poder, dotado del formidable derecho de veto que podían ejercer contra los cónsules y hasta contra el Senado.¹⁰ Podemos leer en *El Derecho Universal* de Giambattista Vico que

...ninguna nación ha gobernado el orbe terrestre mejor que la romana...¹¹
las leyes más propias de la república romana, libre por naturaleza fueron las tribunicias, que el pueblo romano aprobaba como señor absoluto del imperio y del derecho romano, sin mezcla alguna de los optimates, extraordinariamente, fuera de la fórmula concebida por el Senado ante la sola propuesta

⁴ Livio, *Storia di Roma*, II, *periocha*, trad. di Gian Domenico Mazzocatto, testo latino-italiano, Newton & Compton editori, Roma 1997, t. 1, p. 143.

⁵ Mastrocinque, Attilio, *Giuramento sul Monte Sacro*, Comune di Roma, IV Municipio Roma Montesacro, Roma, 2005, p. 4.

⁶ *Idem*.

⁷ Dionisio de Halicarnaso, *Historia antigua de Roma*, libro VI, §§ 49 a 56, traducción por Alameda Alonso Carmen y Seco, Madrid, Gredos, 2002, t. II, pp. 277-286.

⁸ Livio, *op. cit.*, 4, II, 33, p. 201.

⁹ Dionisio, *op. cit.*, 7, libro VI, § 87, n. 3, p. 323.

¹⁰ Cicerón, *Tratado de las leyes*, libro III, trad. por Francisco Navarro y Calvo, y Juan Bautista Calvo, 11ª ed., México, Porrúa, pp. 193 y 4.

¹¹ Vico, Giambattista, “El derecho universal”, I, CLXXXVI, 2, en *Obras* trad. por Navarro Gómez, Francisco, Barcelona, Antrophos, 2009, p. 181.

del tribuno de la plebe: por eso son todas ellas las que más favorecen la causa de la libertad.¹²

Según Teodoro Mommsen, esta institución fue creada para proteger,

...aún revolucionariamente a los débiles y pequeños contra la soberbia y los excesos del poder de los altos funcionarios... no tenían en su origen parte alguna en la administración, no eran magistrados ni miembros del Senado...¹³ tenían... derecho a anular, mediante su oposición personal interpuesta dentro del término de la ley toda decisión de un magistrado si la creían perjudicial para cualquier ciudadano...¹⁴ La potestad tribunicia tenía pues derecho a derogar a su antojo la marcha de la administración y la ejecución de los juicios: podía permitir al que estaba obligado al servicio militar sustraerse impunemente al llamamiento; impedía o hacía que cesase el arresto del deudor... su acción en fin, se extendía a todo.¹⁵

“El tribuno sacrosanto de Roma —dice el filósofo Schlegel un poco más afinadamente —...lo era en el nombre del pueblo, no en el suyo propio y representaba la idea sagrada de la libertad sólo mediatamente; no era un subrogado sino sólo un representante de la sagrada voluntad general”.¹⁶ De su parte Arangio Ruiz afirma:

Como magistrados revolucionarios no gozaron jamás de una competencia positiva y dedujeron cuantos poderes fueron reuniendo, con el tiempo, de su originaria función de *auxilium* a la plebe y a los individuos que la integraban,

¹² *Ibidem* I, CLXIII, 1, p. 142.

¹³ Mommsen, Teodoro, *Historia de Roma*, trad. por A. García Moreno, Joaquín Gil, editor, Buenos Aires, 1953, t. I, p. 340. El célebre romanista alemán identificó las características instrumentales del tribunado, y en *Historia de Roma* supo interpretar su verdadera naturaleza aunque a nuestro juicio no alcanzó a comprender el profundo sentido político que lo inspiró (véase especialmente el párrafo 29 de la página 341: “...una magistratura sin objeto definido, no teniendo casi otra misión que la de entretener al proletariado miserable con la apariencia de un socorro quimérico, revistiendo en un principio un carácter decididamente revolucionario y posesionado de un poder anárquico para contrarrestar la acción de los funcionarios y aún del Senado”). Cuando Mommsen publica la *Historia del derecho público romano*, le quita aún más significación al *tribunado* (véase Mommsen, Teodoro, *Compendio de derecho público romano*, s/referencias a la traducción, Buenos Aires, Impulso, 1942, pp. 74 y 75).

¹⁴ Mommsen, *op. cit.*, 13, I, p. 300.

¹⁵ *Ibidem*, t. I, pp. 300 y 301.

¹⁶ Schlegel, Frederick, *Ensayo sobre el concepto de republicanism* en *Obras selectas* I, trad. por Miguel Ángel Vega Cernuda, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1983, p. 46.

contra los actos de gobierno, en general vejatorios e irritantes, de las magistraturas patricias.¹⁷

Polibio luego de examinar las diferentes formas de gobierno que existían en la antigüedad, en el libro VI su clásica *Historia Universal bajo la República Romana*, asigna al pueblo de Roma la mayor cuota del poder político, al punto de afirmar que el régimen de gobierno era popular.¹⁸ Las grandes e importantes atribuciones que según Polibio la constitución romana le confería al pueblo, eran ejercidas en su representación por el Tribuno a quien correspondía “...ejecutar siempre la voluntad del pueblo y atender principalmente a su gusto”.¹⁹

El Tribuno de la plebe era el magistrado popular al que se imputaba la más alta responsabilidad moral de la república: la de defender al pueblo y su libertad de los abusos y de la injusticia. Como sostenía Maquiavelo, su autoridad era la garantía para que existiese efectivamente la libertad.²⁰

Sobre la naturaleza jurídica e institucional del tribuno dice Bonfante que

...en el Estado, y en antítesis al mismo, se afirma una organización no subordinada, sino coordinada a la plebe. Pero la organización de la plebe frente al Estado y la función correlativa de los órganos plebeyos es esencialmente defensiva, el *auxilium plebis*: proteger al hombre de la plebe y al orden plebeyo contra la arbitrariedad de la magistratura y del orden patricio, tan poderoso dentro de sus casales gentilicios y en el Senado. El lado positivo de la soberanía escapa completamente a los tribunales. Órganos que están fuera del gobierno, carecen del imperio de los magistrados y de efectuar auspicios públicos de competencia administrativa, de facultad de convocar al Senado o a la asamblea legal de todo el pueblo, del título e insignias propios de los magistrados, de fasces y lictores, de toga pretexta y de silla curul. El aspecto negativo, en cambio, esencial a sus funciones, resulta formidablemente exaltado y supera, como el poder de los éforos en Esparta, a la misma soberanía del magistrado supremo.²¹

¹⁷ Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del derecho romano*, trad. por F. Pelsmaecker e Ivañez, Madrid, Reus, 1943, p. 57.

¹⁸ Polibio, *Historia universal*, VI, 14, trad. por Ambrosio Rui Bamba, Solar y Librería Hachette, Buenos Aires, 1965, p. 351.

¹⁹ *Ibidem*, libro VI, 16, pp. 351 y 352.

²⁰ “La autoridad tribunicia fue necesaria para resguardar la libertad”. Maquiavelo, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, libro 1, VI, trad. por Roberto Raschella, Buenos Aires, Losada, 2004, p. 73.

²¹ Bonfante, Pietro: *Historia del derecho romano*, trad. por J. Santa Cruz Tejeiro, Madrid, edición de la Revista de Derecho Privado, 1944, t. I, p. 140.

Con el correr de los siglos, esta magistratura fue modificando su naturaleza como lo apunta Giuseppe Grosso a propósito de su reflexión en torno a la interpretación ciceroniana de este instituto: la formación de una nueva nobleza patricio-plebeya; la inserción del tribunado de la plebe en el carrera política de la magistratura; la intervención tribunicia en apoyo del mismo senado e incluso a favor de los patricios. Explica así Grosso, que desde la moderada perspectiva de Cicerón, el tribunado se convirtiera en un mecanismo de equilibrio del poder dentro de la constitución romana en el cual la *intercessio*, era precisamente uno de sus engranajes característicos. El análisis de Grosso, elaborado a partir del estudio de las propias fuentes romanas, concluye en que, a pesar de las versiones más moderadas (cuando no conservadoras), el tribuno de la plebe es el intérprete de las aspiraciones populares en su confrontación con la clase dirigente.²²

Según Giovanni Lobrano,

El tribunado es, entonces, la defensa que se da a sí mismo el pueblo de los ciudadanos contra el gobierno. Es una invención extraordinaria, paradójica: una magistratura pero distinta, casi una contra-magistratura, un poder pero distinto, casi un contra-poder. Es la institucionalización de la dialéctica social...²³

Los tribunos de la plebe cuyo cargo era anual, debían ser plebeyos y contar con 36 años de edad. No podían ausentarse de Roma y sus casas debían permanecer abiertas día y noche, de modo que cualquier plebeyo pudiera pedir su protección. Instrumento y expresión de su poder negativo, es la *intersessio*, el veto, mediante el cual podía detener y frustrar las órdenes, los decretos y las leyes del cónsul, las deliberaciones del senado, las propuestas de ley, las elecciones y convocatorias de los comicios para un fin cualquiera, en resumen cualquier acto del poder público. El veto se podía hacer efectivo por propia iniciativa del tribuno o por apelación (*appellatio*) del ciudadano.²⁴

Podían oponerse a los arrestos ordenados antes de un fallo judicial y a la percepción de impuestos excesivos. De hecho, ejercían un verdadero control sobre la actuación de los gobernantes.²⁵

²² Grosso, Giuseppe: "Tribunato. Appunti sulla valutazione del tribunato della plebe nella tradizione storiografica conservatrice" en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, Napoli 1977, núm. 7, pp. 157 y ss.

²³ Lobrano, Giovanni: "Dal 'Defensor del pueblo' al Tribuno della Plebe: ritorno al futuro", en Catalano, Pierangelo, Lobrano, Giovanni y Schipani, Sandro (a cura di), *Da Roma a Roma. Dal Tribuno della plebe al Difensore del popolo*, Roma, Istituto Italo Latino Americano, 2002, p. 76.

²⁴ Véase Bonfante, *op. cit.*, 21. I, p. 141.

²⁵ Livio, *op. cit.*, 4 L. II, 54, p. 241.

Viene al caso analizar esta singular institución desde una perspectiva distinta, tal como la que aporta Ortega y Gasset: el Tribuno era

...una magistratura negativa e inversa, una magistratura diríamos cóncava o en hueco, cuya imagen, desde hace veinticinco siglos, desafía escandalosamente a la razón racionante. Pues es el caso que esta institución tribunicia en que el derecho público racionalista ve sólo una extravagancia de alta tensión, fue el prodigioso utensilio estatal que aseguró durante centurias la solidaridad entre el Senado y el ‘pueblo’ entre patricios y plebeyos.²⁶

Vale decir que Ortega interpreta la historia desde su mirada de filósofo y entiende bien a Cicerón: sin tribunado, no hay república.

De la comprensión de esta singular institución nacida de la *secessio plebis*, encontraremos las más firmes bases para analizar la naturaleza del moderno Defensor del pueblo también conocido —tal vez, desde este punto de vista no con toda propiedad— como ombudsman y echar una mirada innovadora sobre su porvenir.²⁷

2. *El Defensor Civitatis*

Otra figura histórica romana que se debe señalar, es la del *Defensor Civitatis*. Se trataba de un magistrado municipal, de elección popular, confirmado por el emperador o el prefecto del pretorio (en un principio era este último el que lo nombraba). Su aparición, institucionalmente favorecida por el Edicto de Caracalla que había eliminado toda distinción entre Roma *capus mundi* y las ciudades y provincias de su dominio; algo así como un relanzamiento del Tribuno de la plebe, por obra de los emperadores romanos Valente de Oriente y Valentiniano de Occidente. Fue creado el año 386 para defender a la plebe de las injusticias y abusos de los *potentes*.

Dice Gibbon:

Las instituciones de Valentiniano contribuyeron a afianzar los beneficios de la paz y de la abundancia, y las ciudades se resguardaron con el establecimiento de los Defensores, elegidos libremente como tribunos y defensores del

²⁶ Ortega y Gasset, José, “Del imperio romano”, en *Las Atlántidas y del Imperio romano*, 3ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1960, p. 144.

²⁷ Véase Constenla, Carlos R., “Del Tribuno de la Plebe al Defensor del pueblo latinoamericano”, *Res Pública Argentina*, Ediciones RAP, 2008-2, Buenos Aires, mayo-agosto, 2008, p. 27.

pueblo para respaldar sus derechos, exponer sus agravios ante el tribunal de los magistrados civiles o incluso al pie del trono imperial.²⁸

Su designación debía recaer en persona de reconocido prestigio moral.²⁹ Se trataba de un instituto que resurgía, matizado por las nuevas condiciones políticas, en el ocaso del imperio romano. Su importancia lo acreditaba como para ser consagrado en la recopilación justiniana. “Su misión consistió, sobre todo, en proteger a las clases más humildes contra las vejaciones de los poderosos y contra las abusivas exacciones de los funcionarios”.³⁰

Sánchez Arcilla afirma que en pocos años esta institución se extendió por todo el Imperio y que sus posteriores competencias judiciales, fue consecuencia de la importancia y prestigio que adquirió. Podía intervenir contra los recaudadores de tributos por las irregularidades cometidas; se le atribuyeron funciones de orden público, de policía ciudadana, e incluso religiosas, como la de impedir sacrificios paganos y ritos heréticos. No menos importantes fueron sus atribuciones en el orden fiscal: debía estar presente en el momento en el que se le comunicaba al contribuyente la tasación de sus tierras; oponerse a las exacciones excesivas, impedir que nadie se evadiese de su corporación para no hacer más gravosa la carga de los restantes miembros; recibía las quejas de los contribuyentes que consideraban injustamente tasados los tributos y prestaciones en especie que debía satisfacer.³¹

La figura aparece con especial firmeza en los primeros años de la España visigótica; según Beneyto Pérez el *Defensor Civitatis*

...había llegado a ser el más importante funcionario de la ciudad, como lo sigue siendo hasta el momento de la injerencia episcopal, que suele situarse en tiempos de Recaredo. Los obispos vuelven a ser como en cierta época bizantina árbitros y *buenos hombres* que arreglan las querellas de las gentes, organizando una jurisdicción *a sè*. Con ello disminuye, lógicamente, la amplitud jurisdiccional del *Defensor*.³²

Andando el tiempo sus funciones fueron asumidas en parte por los obispos, y luego, a medida que se iba consolidando la institucionalidad política

²⁸ Gibbon, Edward, *Historia de la decadencia y caída del Imperio romano*, trad. por J. Mor Fuentes, Madrid, Turner, 1984, t. II, p. 154.

²⁹ Sánchez-Arcilla Bernal, José: *Manual de historia del derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 116.

³⁰ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, 17, p. 381.

³¹ Sánchez-Arcilla Bernal, *op. cit.*, 29, p. 116.

³² Beneyto PÉREZ, Juan, *Instituciones de derecho histórico español*, Barcelona, Bosch, 1931, t. III, pp. 111 y 112.

en los territorios ibéricos reconquistados, fue incluyéndose en la nómina de las magistraturas capitulares con la genérica denominación de síndico o procurador síndico. La palabra síndico etimológicamente viene de la latina *syndicus* y ésta del griego *συνδική* (síndicos), de *συν* (conjunto [idea de asociación]) y *δική* (justicia) y que tiene que ver con el verbo *σύνδικοι* que quiere decir defender en justicia, asociarse en la defensa de algo o de alguien.³³ Una vasta estirpe de términos jurídicos, tendrá allí su raíz: síndico en la acepción del que en un concurso de acreedores ajusta las cuentas y recauda lo que pertenece a la quiebra; procurador de los intereses del pueblo o del común; Justiciazgo (llamado Justicia Mayor en la antigua monarquía aragonesa); magistrado que protege a los ciudadanos. Se empleó con frecuencia en la Europa septentrional, tanto como en la meridional, metamorfoseándose por último en la lengua italiana en la figura del alcalde. Era el representante procesal de un colectivo o comunidad.

La institución del síndico del común (del pueblo) con la conquista y la consolidación de las poblaciones en Hispanoamérica, fue apareciendo en los cabildos coloniales, y aquí como en España, el debilitamiento del poder comunal derivado de la hipertrofia centralista de la corona española, y la corrupción que se hizo proverbial, determinó que en muchos casos, en lugar de ser elegido este funcionario por el “común”, fuera puesto a subasta y comprado con derecho a ser transmitido hereditariamente.

Cabe recordar la referencia del historiador del derecho Pedro José Pidal, aludiendo a los tiempos en que los Borbones de España intentaron “modernizar” el funcionamiento de las instituciones. Dice este autor del siglo XIX:

Carlos III conoció el infeliz estado en que había llegado el régimen interior de las ciudades, e intentó darle alguna vida. Entonces apeló a las antiguas tradiciones y el *defensor civitatis* de la municipalidad romana renació de nuevo con su nuevo nombre de síndico y como en los tiempos pasados, fue elegido, no por la curia o el ayuntamiento, sino por el común, por el concejo entero.³¹

No es por casualidad que, al momento de instituirse las primeras defensorías del pueblo en Centroamérica y en algún caso en México (como Guanajuato), se las llamara *procuradurías*, ni que se lo llamara *síndico de agravios* en Cataluña y en la Comunidad Valencia, *diputado del común* en Canarias o

³³ Véase *Diccionario enciclopédico hispano-americano*, Barcelona, Montaner y Simón editores, 1912, t. XX, p. 220.

³¹ Pidal, Pedro José, *Lecciones sobre la historia del gobierno y legislación de España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1880, p. 312.

justicia en Aragón. Y es obvio que también en Colombia se utilizó la antigua denominación hispánica con el nombre de *personero*. En el propio Brasil, la figura del *ombudsman*, en toda su variedad, buscó en la denominación de *ouvidor* su fuente inspiradora colonial.

3. *Proyección del tribunado*

Pierangelo Catalano afirma que

La relación entre el concepto de *populus* de la antigua Roma y el conceptos moderno de Estado, puede ser aclarada sólo concentrando la atención en aquel período de la historia moderna en la cual, del modo más evidente, los conceptos *ius publicísticos* romanos son utilizados como instrumentos de voluntad política: la Revolución francesa, en sus premisas y en sus conclusiones.³⁵

Entre estos conceptos cabe, notoriamente, consignar al tribunado. Sin embargo, como el mismo Catalano dice, Rousseau, que toma como modelo de institucionalidad a la república romana, tiene necesariamente en cuenta la interpretación de Maquiavelo que asigna el carácter de la república y la causa de su perfección, a la desunión de la plebe y del senado y en la creación de los Tribunos.³⁶

La referencia a este proceso de recepción de las antiguas magistraturas romanas tiene por objeto resaltar la caracterización del tribunado en el pensamiento de Rousseau,³⁷ aunque como dijimos más arriba, la idea del tribunado recorre gran parte del pensamiento de varios autores de los siglos XVI y XVII. En efecto, Rousseau sintetiza su definición del Tribuno, como aquel magistrado que no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo (cap. V). Allí está la raíz del Defensor del pueblo. Pero no es sólo una ponderación jurídica la que apuntala esta interpretación; está presente la idea de sostener una magistratura creada para defender los derechos de las personas frente al poder de los más fuertes. Así lo dice Vico:

³⁵ Catalano, Pierangelo, *Populus Romanus Quirites*, Torino, G. Giappiechelli editore, 1974, p. 7.

³⁶ Catalano, Pierangelo, *Tribunato e resistenza*, Torino, Paravia, 1971, pp. 36-7. Desde otra vertiente, el pensamiento marxista, registra asimismo, la influencia de las instituciones republicanas de la antigua Roma, en la Revolución francesa (Rosenberg, Arthur, *Democracia y Socialismo*, traducción por Emmanuel Suda, Buenos Aires, Claridad, 1966, p. 19).

³⁷ Rousseau, Jean Jacques: *Du contrat social ou principes du droit politique*, Paris, Flammarion, t. IV, p. 162 y 163.

...instituyeron por primera vez a los tribunos de la plebe... y juraron (mantenerlos): con tal juramento vinieron a dar testimonio de que era la suya, por naturaleza, una república libre, que ya se había hecho libre por naturaleza por obra de Bruto³⁸. De ahí que los optimates, en tantas y tan grandes contiendas con la plebe, cuanto conocen todos los que están un poco versados en la historia de Roma, osasen, eso sí, debilitar el tribunado con arcanas artes, pero nunca socavarlo públicamente.³⁹

El tribuno era un verdadero Defensor del pueblo.

4. *El veto*

¿Cómo es que el tribuno no pudiendo hacer nada puede impedirlo todo? Rousseau lo responde: no debe tener participación alguna en el poder ejecutivo ni en el poder legislativo y carece de jurisdicción. ¿Y cómo puede impedirlo todo? Con el veto.

Vetar es la acción atribuida a una persona o corporación para vedar o impedir algo. Se usa principalmente para identificar, el que tiene el jefe de Estado, en ciertos gobiernos representativos, de negar su sanción a las leyes votadas por el poder legislativo.

Sin embargo, el empleo circunstanciado de una atribución propia del poder ejecutivo (veto), en modo alguno invalida el concepto sustantivo de ese verbo (vetar). El veto como la promulgación de una norma, es una función típicamente colegislativa: la Constitución argentina por ejemplo prescribe en su artículo 83, que “Desechado en todo o en parte un proyecto...” Vale decir, el poder ejecutivo no veta una ley; veta un proyecto de ley. Como dice Germán Bidart Campos: “...la ley es un acto complejo que exige concurrencia de dos órganos —el congreso y el presidente de la república—...”⁴⁰ Ideológicamente, es un instrumento conservador que apunta a reducir la influencia política del parlamento. Así es efectivamente, el veto ha sido considerado supervivencia del poder real, incompatible con el principio parlamentario de la irresponsabilidad del Jefe de Estado.⁴¹

³⁸ Se refiere a Lucio Junio Bruto (¿?-509 a.C.) fundador de la República romana.

³⁹ Vico, *op. cit.*, 11, I, CLVIII, 2, p. 134.

⁴⁰ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1986, t. II, p. 237.

⁴¹ Véase Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. por Ramón Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1984, p. 535.

Sucede que cuando se habla del poder de veto del Tribuno se emplea la expresión en su sentido original de vedar o prohibir, de ejercer un poder negativo. Dice Bonfante:

Instrumento y expresión de ese poder negativo es la *intercessio*, el veto; esta originalísima manifestación del sistema colegial romano constituyó la base fundamental de una oposición legalmente ordenada. El veto tribunicio puede detener y frustrar las órdenes, los decretos y las levas del cónsul, las deliberaciones del senado, las propuestas de ley, las elecciones y convocatoria de los comicios para un fin cualquiera, en resumen, un acto cualquiera de los poderes públicos.⁴²

La *intercessio* a la que alude Bonfante es, en su acepción latina, intervención, oposición, mediación, intercesión.⁴³

Cuando Bobbio afirma, hablando del poder negativo, que no se puede reducir la resistencia al poder del veto,⁴⁴ dice bien: son cosas claramente distintas. Uno es instrumento del ejercicio colegislador del poder ejecutivo por resabio de la autoridad real; una simplificación expresiva que apunta al derecho que la constitución le da al jefe de Estado para reducir el poder del parlamento. La explicación la hallamos en Montesquieu:

El poder ejecutivo... toma parte en la labor legislativa por su facultad de restricción o veto, sin la cual se vería pronto despojado de sus prerrogativas... Que tuviera el monarca la menor parte en la obra legislativa, por la facultad de estatuir, y no habría libertad. Pero como necesita defenderse, la toma por la facultad de resistir, de impedir. La causa del cambio de gobierno en Roma, fue que el Senado, teniendo una parte del poder ejecutivo, y los magistrados otra, no poseía como el pueblo la facultad de impedir. He aquí, pues, la constitución fundamental del gobierno del que hablamos. Compuesto de dos partes el poder legislativo (senadores y diputados), la una encadenará a la otra por la mutua facultad del veto. Ambas estarán ligadas por el poder ejecutivo, como éste por el poder legislativo.⁴⁵

Es clarísimo; el veto es un acto del poder positivo, del gobierno, en cualquiera de sus funciones. La otra forma conocida, que sería la *intercessio*

⁴² Bonfante, *op. cit.*, 21, p. 141.

⁴³ Pimentel Álvarez, Julio, *Breve diccionario latín-español, español-latín*, México, Porrúa, 1999, p. 267.

⁴⁴ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. por Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 200.

⁴⁵ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI, trad. por Nicolás Estévez, Buenos Aires, Claridad, 1971, p. 195.

o el veto del tribuno, era una expresión indirecta de la soberanía, a través de un magistrado al que se investía de esa facultad para proteger los derechos del pueblo. Una forma de veto se incardina en el derecho constitucional del poder; la otra en el de la libertad.

5. *El Defensor del pueblo*

Se puede decir que el *Defensor del pueblo* es un funcionario estatal, no gubernamental, independiente del poder político, con autonomía funcional y administrativa, elegido por mayorías calificadas por un período determinado de tiempo, con la misión de proteger los derechos ciudadanos, controlar las posibles arbitrariedades de la Administración y mediar en los conflictos que se puedan producir entre la sociedad y el Estado. No tiene poder para sancionar o anular una norma, su autoridad es básicamente moral y por eso se dice que ejerce una magistratura de opinión. Pero también está habilitado (no siempre, pero muchos ordenamientos jurídicos así lo establecen) para ejercer la acción de amparo y de inconstitucionalidad contra leyes y reglamentos que lesionen derechos humanos u otros de incidencia colectiva y de esa manera impedir su aplicación. En algunas legislaciones, su legitimación procesal es aún más amplia. Sus procedimientos son informales, de la misma manera que la recepción de las quejas y denuncias.

6. *Conexiones entre el Defensor del pueblo y el Tribuno de la plebe*

Si analizamos esta descripción del *Defensor del pueblo* haciendo una atenta lectura del capítulo V del libro IV del *Contrato Social* de Rousseau, observaremos que sus rasgos distintivos están previstos en el análisis que hace del tribunalado el filósofo ginebrino. En los dos primeros párrafos del citado capítulo están contempladas las funciones mediadoras del *Defensor del pueblo*. El tercer párrafo se hace referencia a sus potestades impeditivas: la *intercessio* romana, las acciones judiciales paralizantes por vía judicial del *Defensor del pueblo*. En el mismo párrafo, el poder moral del Tribuno “más sagrado y reverenciado como defensor de las leyes, que el príncipe que las ejecuta y el soberano que las da”, se corresponde con la magistratura de opinión que ejerce el *Defensor del pueblo*. En el cuarto párrafo al aludir a que es el “más firme sostén de la constitución”, al estarle vedado el poder positivo, destaca su responsabilidad como protector de los derechos fundamentales y como órgano de control.

7. Crisis de un sistema político

La institución del tribunado es, por su propia naturaleza extraña y hasta contradictoria con los pilares sobre los que se asienta el liberalismo y el sistema político que a partir de sus premisas se formula: La libertad autonomía y la división de poderes. La noción de la libertad en el sentido que se ha desarrollado en el mundo y que ha permitido el triunfo del capitalismo y el profundo divorcio entre la sociedad y el Estado es antagónica a la existencia de un poder impeditivo sustentado en una idea de la libertad como expresión de la participación de pueblo en el gobierno. De la misma manera que una instancia impeditiva a la aplicación de una norma de derecho es incompatible con un sistema que auto referencia su perfección institucional en la división del poder en tres ramas que son expresión de un mismo poder. A lo más que se atrevió el sistema político liberal, fue a reconocer una instancia de control de la legitimidad constitucional complementaria de la división de poderes.

La reconocida crisis del sistema político representativo y la pérdida de credibilidad en el sistema de garantías que establece el régimen de la división de los poderes, hizo que a lo largo del siglo XX se ensayaran diversas teorías que procuraron, de un marco democrático y republicano, fortalecer las instituciones públicas. Básicamente se revitalizaron las ideas en torno a formas de democracia directa (al fin y al cabo la democracia tuvo sus primeras y más puras manifestaciones con esa modalidad), a la vez que se puso otra vez, de un modo casi natural y espontáneo, en la consideración de la ciencia jurídica y de la política la noción del “poder negativo”. Así el jurista e historiador italiano Arturo Carlo Jémolo (1891–1981) decía en 1965:

La pérdida de confianza en los órganos estatales, la permanente sensación de víctima de injusticias, está erosionando pilares fundamentales, mucho más que iniciativas abiertamente revolucionarias... podría pensarse en un tribuno del pueblo o en un censor, nominado por sufragio universal, o tal vez, con un electorado distinto de aquel que elige a los miembros del parlamento.⁴⁶ El *Defensor del pueblo* está a un paso de reinsertarse en la historia.

⁴⁶ Jémolo, Arturo Carlo, “Sulla proposta istituzione del Commisario parlamentare in Italia” en *Montecitorio, Rivista di Studi Parlamentari*, Roma, 1965, núm. 16, pp. 90 y 91. Hay muchas otras referencias al tema. Por su singularidad señalamos la siguiente observación alusiva a la creación de *Consejos Populares* en la Constitución cubana de 1982, cuya misión es la de control y fiscalización de la autoridad estatal. Dice un profesor de la Universidad de La Habana: “Para mí está cada vez más claro que son una suerte de poder negativo en los que

IV. CONCLUSIONES

El jurisconsulto panameño Edgardo Molino Mola, hace treinta años, en una ponencia presentada en un coloquio organizado por el Instituto Latinoamericano del Ombudsman–Defensor del pueblo en la ciudad de Buenos Aires, afirmó que el mundo estaba en un proceso de “redescubrimiento” de la figura del *ombudsman* porque en realidad imaginar esa figura hoy, no era sino recrear las antiguas magistraturas romanas que fueron concebidas para defender y proteger los derechos de las personas, sobre todo de las más débiles y vulnerables.

La naturaleza jurídica y política del Defensor del pueblo es tribunicia, y en esa inteligencia debe entenderse que no es un comisionado parlamentario. La intervención del parlamento en su designación es sólo un mecanismo técnico y no una razón política: lo demuestra el hecho de que requiere generalmente mayorías calificadas y por otra parte en que el *Defensor del pueblo* a partir de su designación queda jurídicamente desvinculado del parlamento; éste no le puede dar instrucciones ni ordenarle que investigue o que deje de investigar algo.

En la antigua contraposición entre *autoritas* y *potestas* el Defensor del pueblo pareciera estar más cerca de la primera que de la segunda, porque su acción preferentemente se expresa en recomendaciones y sugerencias; pero no siempre y necesariamente es así. Con sus facultades administrativas y procesales no se limita a opinar y a aconsejar, sus resoluciones surten efectos jurídicos, desde que la autoridad o administración (cuando no admitiera sus opiniones) está obligada a dar razón de porque no lo hace, además de poder desbaratar con sus acciones judiciales la validez de una norma, de un reglamento o de un mero acto administrativo. Como decía Rousseau, no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo.

Por último, la deriva en la península ibérica del *defensor civitatis*, y su continuidad desde la Edad Media, particularmente fortalecida en Latinoamérica en tiempos de la colonia, contribuyen a explicar la especificidad del instituto del Defensor del pueblo de raíces latinas y sus diferencias con el *Ombudsman* escandinavo.

se conjugan a nivel de localidad las fuerzas de la sociedad civil con los representantes populares del estado... De cualquier forma esta versión del poder negativo, que evoca en alguna medida al poder tribunicio romano, deviene o debe consolidarse como una manera *sui generis* de democracia participativa” (Fernández Bulté, Julio: “Reflexiones sobre la modernización del Estado en América Latina”, Aa.Vv., *Democrazia e riforma dello stato in America Latina*, Sassari, Associazione di studi sociali Latino-Americani, 2000, p. 121).

EL USO DE LOS LUGARES PÚBLICOS. D.43,8,2,3
*PUBLICI LOCI, APELLATIO QUEMADMODUM
ACCIPIATUR, LABEO DEFINIT, UT
ET AD AREAS, ET AD INSULAS, ET AD AGROS,
ET AD VIAS PUBLICAS ITINERAQUE
PUBLICA PERTINEAT*¹

Bertha Alicia RAMÍREZ ARCE
José Luis CUEVAS GAYOSSO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Distinción entre cosa pública y lugar público*. III. *El uso uti-utilitas*. IV. *Interés público*. V. *Conclusiones*.
VI. *Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo desarrollar a partir de diversas fuentes de derecho romano un análisis jurídico que nos permita comprender la noción y el sentido original de los lugares públicos y su uso, como una aproximación para comprender a las problemáticas que en este ámbito se presentan en el derecho mexicano actual.

La comprensión de lo público aparece a partir de una vinculación directa entre las cosas y el quehacer de las personas en singular y en colectivo pero como miembros que integran al *populus* romano, parece que la idea de lo público vinculada de manera directa al Estado como ente abstracto es desarrollada pero de manera tardía en el periodo postclásico, entre tanto, el elemento diferenciador de una percepción y otra lo encontramos en la *utilitas*.

¹ D.43,8,2,3 “Labeón define de que manera se entiende la denominación de ‘lugar público’, de modo que se refiera a los solares, a las casas, a los campos, a las vías públicas, y a los caminos públicos”.

La *utilitas* responde a las necesidades que la sociedad romana exigía del comportamiento de quienes integraban y participaban en la función pública, no solo como un elemento moral, sino como una exigencia social y jurídica que encuentra su base y sustento en la honestidad (*utilitas communis*, Cicerón), es cierto que en su desarrollo la *utilitas* ahora pública cobra un sentido diverso, por lo que habrá que referirse a ella como una forma de comprender a aquello que resulte útil a los particulares, funcionarios o incluso el mismo emperador, como argumento justificador de sus acciones (como parte última del *populus*).

El interés público constituye un concepto más que a nuestro juicio revela un importante impulso a las variables que encontraremos de la *utilitas*, como la *utilitas* del Estado o del fisco, considerándose que lo que es de utilidad pública, lo es del Estado como ente abstracto, con intereses de recaudación.

Consideramos que la comprensión y evolución de los conceptos de lo público, *utilitas*, y la diferenciación entre *res publica* y lugar público, nos permitirán comprender con mayor claridad las problemáticas que se presentan en la vida diaria en el orden del uso de los lugares públicos, ya sea desde la perspectiva administrativa o civil.

II. DISTINCIÓN ENTRE COSA PÚBLICA Y LUGAR PÚBLICO

El término *publicus* se debe comprender como todo lo que pertenece o interesa al *populus romanus*; veamos la siguiente cita:

D.50,16,15 (Ulp. 10 *ad ed.*) *Bona civitatis abusive "publica" dicta sunt, sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.*

(Los bienes de una ciudad se han llamado abusivamente "públicos", porque solamente son públicos los que son del pueblo romano.)

De esta cita se desprende que de manera imprecisa se califican como públicos a los bienes de la *civitas*, como veremos a continuación.

D.50,16,17 (Ulp. 10. *ad ed.*) *Inter "publica" habemus non sacra, nec religiosa, nec quae publicis usibus destinata sunt, sed si qua sunt civitatum velut bona; sed peculia servorum civitatum procul dubio publica habentur.*

(Entre las cosas "públicas" no contamos ni las sagradas, ni las religiosas, ni las que están destinadas a usos públicos, sino las que son de las ciudades, como los bienes; pero los peculios de los esclavos de las ciudades son considerados sin duda alguna públicos.)

Ahora bien las cosas que están destinadas a usos públicos, como las vías públicas, no son cosas públicas (de la *civitas*), sino cosas del dominio del *populus romanus*.

El jurista Labeón nos dice que lugar público se refiere a los solares, las casas, campos, vías públicas y caminos públicos.

D.43,8,2,3 “*Publici loci*” *appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas, et ad insulas, et ad agros, et ad vias publicas itineraque publica pertineat.*

(Labeón define de qué manera se entiende la denominación de “lugar público”, de modo que se refiera á los solares, á las casas, á los campos, á las vías públicas y á los caminos públicos.)

Del análisis palingenésico, obtenemos que su colocación es coincidente al Edicto de Ulpiano, libro LXVIII, *Ne quid in loco publico vel itinere fiat.*²

Y el fragmento de nuestro particular interés, (*Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat*)³

Albuquerque advierte que los bienes públicos se relacionan con elementos históricos, costumbres y *usos publicus*, lo cual permite comprender que existieran diferentes apreciaciones por parte de los juristas, como la señalada por Gayo.⁴

Gai. 2,9,11

Quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur. privatae autem sunt, quae singulorum sunt

(Aquellas que son públicas están consideradas como no pertenecientes a los bienes de nadie en particular, sino que las mismas son reputadas como pertenecientes a la comunidad. Privadas son aquellas que pertenecen a cada hombre en singular.)

Gayo señala que son cosas públicas las de la comunidad, y privadas las de cada hombre en singular; la siguiente cita detalla que unas vías son públicas, otras privadas y vecinales, diferenciándolas a partir de su uso y utilidad común.

² Lenel, O., *Palingenesia*, E. 237, § 1491 Consulta: <https://archive.org/details/palingenesiajuri02lene>, en fecha: 1 de julio de 2015.

³ Lenel, O., *Palingenesia*, § 1492, Consulta: <https://archive.org/details/palingenesiajuri02lene>, en fecha: 1 de julio de 2015.

⁴ Albuquerque Sacristán, Juan Miguel, “Consideraciones en materia de protección vial: El interdicto *ne quid in via publica itinere publico fiat, quo ea via idve iter deterius sit fiat (D.43.8.2.20)*”, en: *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española: (1940-2000)*, 2001.

D.43,8,2,22 *Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus, quas Graeci, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicis ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt; quod ita verum est, si non ex collatione privatirum hoc iter constitutum est; aliter atque si ex collatione reficiatur, non utique privata est, refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet*

(Unas vías son públicas, otras privadas, y otras vecinales. Llamamos vías públicas á las que los griegos llaman reales, los nuestros pretorianas, y otras vías consulares. Son privadas, las que algunos llaman agrarias. Son vías vecinales las que se hallan en los poblados, ó las que conducen á los poblados. Algunos dicen, que también éstas son públicas; lo que es verdad, si este camino no se estableció por contribución de los particulares; lo contrario, si fuera reparado por contribución de los particulares; porque si fuera reparado por contribución de los particulares, no es ciertamente privado, pues la reparación se hace con fondos comunes por esto, porque tiene uso y utilidad común.)

Con apoyo en lo anterior podemos afirmar que el uso de los lugares públicos, se debe practicar en la medida en que no se cause “un *incommodum* al resto de personas que también emplean esos bienes, es decir, se impone un uso prudente”⁵ al plantear como limitante a la utilidad común.

Por lo que el pretor otorgará la tutela efectiva a través de acciones populares o bien de carácter interdicial, a diferencia de la práctica en el derecho contemporáneo, ya que la autoridad administrativa actual tutela el uso público de oficio, contrario a lo que sucedía con el actor-*civis* que defiende el interés del pueblo, de la comunidad y, a la vez, defiende el propio.⁶

En roma aunque el propio particular no se encontrara especialmente interesado, podía evitar un acto que amenazara con provocar algún impedimento del uso público, y hacer que se revocara el acto que hubiera ocasionado tal obstáculo.⁷

⁵ Ponte Arrebola, Vanesa, *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 65.

⁶ En este mismo sentido véase Trisciuglio, Andrea, “Consideraciones Generales sobre la tutela de las *res publicae* y de sus usos en la experiencia romana”, en Fernández de Buján, Antonio y otros, (eds.), *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 152: “el ordenamiento romano se otorga más frecuentemente al sujeto perjudicado en el uso de la *res publicae* la facultad de actuar autónomamente mediante diversos instrumentos tutelando también la utilidad general; a tal fin podían promoverse procedimientos entre particulares, y no sólo entre la administración pública y el particular-ofensor”.

⁷ Ponte Arrebola, Vanesa, *op. cit.*, p. 65.

D.43,7,1 (Pomp. 30 *ad Sab.*) *Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica; et ideo quolibet postulante de his interdicitur.*

(A cualquiera se le ha de permitir que pida respecto á lo público lo que pertenece al uso de todos, como vías públicas, y caminos públicos; y por eso se da interdicto respecto á estas cosas á petición de cualquiera.)

D.43,8,2,34 *Hoc interdictum perpetuum et populare est, condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit.*

(Este interdicto es perpetuo y popular, y en virtud de él se ha de hacer condenación por cuanto le importe al actor.)

D.43,8,2,44 *Interdictum hoc non esse temporarium, sciendum est; pertinent enim ad publicam utilitatem; condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit tolli, quod factum est.*

(se ha de saber, que este interdicto no es temporal; porque se refiere a la utilidad pública; y en virtud de él se ha de hacer condenación por cuanto le interese al actor que se quite lo que hizo.)

Ahora bien conviene precisar que Ulpiano en D.50,16,15 expresa que *Bona civitatis abusive “publica” dicta sunt* (Los bienes de una ciudad se han llamado abusivamente ‘públicos’), el calificativo *abusive* debemos entenderlo como facultad de disponer comprendiendo todos los actos y contratos traslativos de dominio.

En herencia de este pensamiento encontramos en las Partidas, que puede el dueño de una cosa hacer de ella o en ella cuanto quiera.

Ley I^a, tít. 28, partida 3^a:

Señorio es poder que ome ha en ffu cafa de fazer della & enella lo q quifiere: ffegúd derecho & ffegúd fuero. E ffon tres maneras de ffeñorio. La vna es poder efmerado que han los Emperadores & los Reyes en efcarmétar los malfechos & en dar ffu derecho a cada vno en ffutyerra. E efto fablamos afaz complidamente en la ffegunda partida & en muchas leyes dela quarta defte libro. La otra manera de ffeñorio es poder que ome ha en las cofas muebles o rayz defte múdo en ffu vida & depues de ffu muerte paffa a ffus erederos & a aqlllos aquien la enagenaffen mientras biuieffe. La tercera manera de ffeñorio es poderío que ome ha en fruto o en renta de algunas cofas en ffu vida o a tyempo cierto o en cafiello o en tyerra que ome ouieffe en feudo affi como dize defte nueftrto libro que fablan en efa razon.⁸

⁸ *Las Siete Partidas, con la glosa de Alonso Díaz Montalvo*, México, Tribunal superior de Justicia y Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, t. I.

Es claro que estas acciones bien comprendidas, no de manera irracional; ni prestándose al absurdo; el abuso jamás puede constituir un derecho.⁹ Coincidimos con Mateos Alarcón cuando afirma:

...que la palabra *abuso* está empleada en oposición a la de *uso*, no para significar la dilapidación, el desorden, sino para para expresar el aprovechamiento que hace el dueño de sus cosas, destruyéndolas, cuando no puede usarlas, sin consumirlas; realizando de una vez todo su valor, cuando no puede aguardar los rendimientos naturales y la necesidad le obliga á capitalizarlos, vendiéndola...¹⁰

Como comprendemos que el uso por su importancia requiere de un trato especial, de ello nos ocuparemos en el siguiente apartado.

III. EL USO *UTI-UTILITAS*

Uti, usar, *utilitas*, utilidad, como elemento de la prudencia en el derecho justo con la *iustitia*. Posee una doble consideración, base común del derecho; en el derecho privado en primer término la de los particulares; y en el Derecho público la de la colectividad.¹¹

La *utilitas* como elemento de la prudencia, veamos que debemos entender por *prudencia iuris*, García Garrido nos dice que es el “arte de saber elegir”. No se trata de una vacía inspiración moral, sino que constituye el trasplante al derecho de un proceder recto y de la firme actitud que como actitud humana, rige lo cotidiano y constituye el más rico patrimonio del paterfamilias.¹²

La jurisprudencia está basada en la *iustitia*, pero también en lo útil, en “ese arte sublime de alcanzar unas cosas y evitar otras”.¹³

Analizaremos a la ‘utilidad’ a partir del pensamiento de Cicerón, quien desarrolla en *De Officiis*, un tratado al respecto:

⁹ Para ampliar sobre el estudio del abuso del derecho, véase Rengifo García, Ernesto, *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2002. Hernández Velasco, Héctor, *El abuso del derecho en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia*, Colombia, Universidad Industrial de Santander, 2011.

¹⁰ Mateos Alarcón, Manuel, *Lecciones de derecho civil estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, t. II: tratado de cosas, p. 47.

¹¹ García Garrido, Manuel de Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 357 y 358.

¹² *Ibidem*, p. 284.

¹³ *Idem*.

Cic. *De off.* 3.6 *La utilidad de cada uno y la de todos es una misma: reglas para resolver en caso de que parezcan utilidades opuestas.* Es necesario, pues, que caminemos todos en este presupuesto: que la utilidad de cada uno en particular y la universal es una misma, y que si alguno quiere usurpársela, se deshará la sociedad humana. Si la misma naturaleza prescribe que desee mirar un hombre por otro, sea quien fuere, sólo por ser hombre con él; es preciso que, según la naturaleza, sea común la utilidad de todos. Esto supuesto, a todos nos une la misma y única ley natural; y esto es así, por la misma ley se nos prohíbe el ofender a otro. El primer principio es indisputable, luego lo es también la consecuencia. Lo que dicen algunos que nada usurparán a sus padres ni hermanos por aumentar sus intereses, pero que no limita la misma razón en los demás ciudadanos, esto es una locura, es pensar que no hay un derecho común, ni ley de la sociedad fundada en la utilidad común; cuya máxima va enderezada a desmembrar el cuerpo civil...

...El abandono de la común utilidad es contra la naturaleza, porque es injusto.¹⁴

Cicerón de manera categórica sostiene que la utilidad se ha de medir por la honestidad, y en la siguiente cita expone el caso de Pompeyo al casarse con Julia hija de Julio César y tenerlo como suegro obteniendo con el acto, poder, lo cual podría haberle parecido útil a sus intereses, no obstante lo injusto, inútil y deshonesto que pudiera resultar a su patria.

De off. 3.221 *Males que provienen del falso principio de tener por honesto lo que parece útil.* Y aquellos que desprecian todo lo bueno y lo honesto, con tal que consigan el poderío, ¿no hacen lo mismo que el que quiso tener un suegro, por cuyo atrevimiento y maldad deseaba hacerse poderoso? A él le parecía muy útil el poder mucho a costa del odio del otro; pero no veía qué injusto era en orden a su patria, qué inútil y deshonesto. Continuamente tenía el suegro en la boca aquellos versos griegos de los fenicios, los cuales traduciré como pueda, acaso sin gracia, pero de modo que pueda entenderse el pensamiento:

*Sólo el trono merece ser comprado
Con un delito; más en todo el resto
Sea inviolable la ley de la justicia.*

Asimismo continuando con la misma cita, Cicerón da un ejemplo refiriéndose a Julio César condenando como deshonesto la intención de convertirse en el rey del pueblo romano y señor de todo el mundo, calificando su acción como parricidio de la patria.

¹⁴ Cicerón, *Los Oficios*, Los clásicos, Tratados Morales, Traducción de Menéndez y Peláyo, M. de Valbuena y Gallegos Roca Full, México, Cumbre, 1978, pp. 265 y 266.

Abominable sentencia de Eteocles, o por mejor decir, de Eurípides, que exceptuó de la ley el más grande de todos los delitos. ¿Para qué hago yo mención de otras cosas menores como mercaderías y ventas engañosas? Aquí tienes delante de los ojos quien deseó ser rey del pueblo romano y señor de todo el mundo, y lo logró. Este deseo, cualquiera que le tenga por honesto, será él tenido por loco; porque aprueba la total extinción de las leyes y de la libertad, y tiene por gloriosa la opresión de ellas tan torpe y aborrecible. Mas ¿con qué género de reprehensión, o por mejor decir, con afrentas procuraré arrancar de su error a aquel que confesando no ser honesto reinan en una ciudad que ha sido y debe ser libre, diga no obstante que es útil al que pueda lograrlo? ¿A quién puede traer utilidad ¡oh Dioses inmortales! tan torpe y abominable parricidio de la patria, aunque los ciudadanos oprimidos den nombre de padre al tirano que ha cometido tan gran maldad? Así que la utilidad se ha de medir por la honestidad, y de modo que sólo se distingan los dos vocablos, pero en realidad sean y signifiquen una misma cosa.

No veo en la opinión del pueblo mayor utilidad que la del reinar, ni por el contrario hallo cosa más inútil al que lo ha conseguido injustamente, mirándolo a los ojos de la razón. Porque ¿a quién pueden ser útiles las angustias, los cuidados, los miedos de día y de noche, y una vida metida entre mil asechanzas y peligros?

Pérfidos, desleales le rodean

Siempre, y pocos amigos verdaderos,

dice Accio. Pero ¿a qué reino? Al que poseía el sucesor legítimo de Tántalo y de Pélope. ¿Pues cuánto mayores y en mayor número pensaremos rodeaban a aquel que con un ejército de ciudadanos romanos sujetó al mismo pueblo romano, y que obligó a que le sirviese una ciudad no solamente libre, sino señora del universo? ¿Qué remordimientos de conciencia crees tú que abrigaría éste en su ánimo? ¿Qué golpes? ¿Y cómo puede ser útil una vida de tal condición, que ha de acarrear gran gloria y fama al que se la quitare? Pues si no son de utilidad estas cosas que lo parecen tanto, por estar llenas de deshonra y torpeza, viene a ser evidente que nada hay útil que no sea honesto.

Luego de estas reflexiones Cicerón, en *De Officiis* 3,22, se cuestiona: ¿Hasta cuándo ha de durar el atrevimiento de tener por útil lo que es deshonra e *iniquidad*?¹⁵ Este cuestionamiento nos advierte que la necesidad de encontrar argumentos substanciales y limitantes al ejercicio de lo útil, es y ha sido una constante entre el mundo antiguo y moderno.

El ejercicio de la honestidad sigue vinculado al ejercicio de la utilidad en los diferentes contextos históricos. Ponte señala que detrás del término '*utilitas publica*' podemos encontrar realidades, aspiraciones, diferentes pre-

¹⁵ *Ibidem*, p. 288.

ocupaciones que se ven sometidas a mutaciones aún mayores dependiendo de las épocas.¹⁶

Asimismo esta autora destaca que la *utilitas publica* que encontramos en la oposición en D.43,8,2,2, *tam publicis utilitatibus quam privatorum*, no es la misma *utilitas communis* de Cicerón, aquélla que cualquiera tiene al mismo tiempo que los demás.¹⁷ Así mismo, con base en el criterio de Gaudemet, diremos que la utilidad pública en la sociedad romana, del periodo clásico, “aparece como justificadora de actos de particulares, de funcionarios o del mismo emperador, como la construcción de acueductos, el mantenimiento de cloacas, el sostenimiento y construcción de caminos públicos... así como inspiradora de las reglas del derecho”.¹⁸

Un ejemplo de lo dicho es el que Lazo nos presenta a partir de un pasaje de Ulpiano,¹⁹ en el que destaca la importancia que para la *res publica* tenía la actividad empresarial naviera, recordando la situación de los *institores*, quienes contrataban con el esclavo que ejercía una actividad comercial con un peculio, con conocimiento del *pater* o *dominus*, y sólo eran llamados al reparto del peculio comercial. Por lo que Ulpiano no duda en alagar el edicto *de tributoria actione*, a causa de su *utilitas*.²⁰

Debemos tener presente que es *Donellus* quien por vez primera habla de un derecho público, tomando como elemento central al *uti* (uso) *utilitas* (utilidad).

Hugonis Donellus, *Commentarii de Iure Civile*, L.II,C.V.1:

§. I. *Ius publicum dicitur bifariam. Vno modo, ut fit ius commune, ius vtendi facultate publicum, id est, ita positum omnibus, ut eo quivis e populo vti possit, et debeat, etiamfi ad priuatorum eo vtentium vtilitatem principaliter pertineat. Altero, ut fit non vtendi facultate, sed vtilitate ipfa publicum, id est, quod ad vtiutatem publicam principaliter pertinet, non priuatam, etiamfi*

¹⁶ Ponte Arrebola, Vanesa, *op. cit.*, p. 72, sugiere la autora. Véase Steinwenter, “utilitas publica, utilitas singulorum”, en *Festschrift Koschaker*, t. I, 1939.

¹⁷ *Ibidem*, p. 70

¹⁸ Gaudemet, *Utilitas Publica*, pp. 477-487, citado en Ponte, Vanesa, *op. cit.*, p. 70. Para profundizar sobre este aspecto véase Pendón Meléndez, Esther, *Régimen Jurídico de la Prestación de Servicios Públicos en Derecho Romano*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 187-190.

¹⁹ D.14,4,1,1 Ulp. *Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque at servos fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarius pertineat, tamen Pedius libro Quinto decimo scribit, ad omnes negotiationes porrigendum Edictum.* (Aunque la denominación de mercancía sea tan estricta, que no corresponda ni a los esclavos bataneros, ni a los sastres, ni a los tejedores, ni a los revendedores, sin embargo, escribe Pedio en el libro décimo quinto, que se ha de extender el Edicto a todas las negociaciones.)

²⁰ Lazo, Patricio, “Limitación e ilimitación de responsabilidad en una empresa de navegación (D.14.1.1.19-20 y D.14.6.pr.)”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídico*, Sección de Derecho Romano, XXXIII, Valparaíso Chile, 2011, pp.183-184.

*vnus aliquis e populo eo vtatur publicae utilitatis cauffa. Vtrumque ius recte publicum, quia populi est: fed prius ita populi, vt fit cufusuis ex populo: pofterius populi totius vniuerfim etconuincim, non fingulorum. Prior fignificatio innumeris prope locis occurret, qui et ab aliis indicati funt, in quibus hi funt maxime perfpicui: L. I. pr. ad L. Falcid. JLa. C. ne vxor.*²¹

La distinción entre *utilitas publica* y, como se mencionó anteriormente, la *utilitas communis* de Cicerón, encuentra mayor claridad a partir de la distinción entre la *utilitas omnium* y *utilitas uniuersorum*. Siguiendo a Fernández de Buján, diremos que la contraposición de intereses públicos y privados subordina los intereses privados en función de la utilidad del pueblo en su conjunto, no de un ente estatal o abstracto como el Estado romano, esta afirmación se desarrollará en el siguiente punto.²²

IV. INTERÉS PÚBLICO

Como se ha señalado anteriormente, la *res publicae* es aquellas cosas que pertenecen al *populus*, al pueblo romano, *publica sunt, quae populi romani sunt*, (Ulpiano). Fernández de Bujan señala que se distinguieron dos tipos de *res publicae*: Las *res publicae in publico uso*, que eran aquellos bienes de utilidad pública destinados al uso colectivo y gratuito para todos los miembros de la comunidad, por ejemplo aguas públicas, minas públicas, vías públicas, puentes, jardines públicos, etc.; y las *res publicae in pecunia populi o in patrimonio populi o fiscales*, que eran aquellas cosas públicas que producían beneficios (económicos) al Estado. Esta segunda categoría de cosas se caracteriza por estar sujeta a un régimen jurídico semejante al de los bienes de los particulares, por lo que podían ser objeto de negocios jurídicos.²³

²¹ Donellus, Hugonis, *Commentarii de Iure Civile, L.II, C.V*. Texto disponible para su consulta: https://books.google.com.mx/books?id=OQBbAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

²² Fernández de Buján, Antonio, *Derecho público romano recepción, jurisdicción y arbitraje*, 8ª ed., España, Thomson Civitas, 2005, p. 227.

²³ Fernández de Buján, Antonio, *op. cit.*, p. 229. Así mismo es importante considerar como señala Fernández de Buján, que: “La jurisdicción administrativa ha sido estudiada, entre otros autores, por Mommsen, De Ruggiero, Carreli y Pugliese. Se trataba de litigios no sujetos a la jurisdicción civil ordinaria del pretor, sino a una especial que fue atribuida en tiempos de la republica a censores y ediles y en el principado e imperio a los diferentes cuestores de cosas públicas: *publicorum, metallorum*, etc. Para mitigar el hecho de que en estos procesos el magistrado solía jugar el papel de juez y parte, solía cederse por parte del Estado los créditos, intereses o derechos a un tercero, ciudadano que ocupaba el primitivo lugar del *populus*. De esta forma un *civis* ajeno al conflicto se convertía en delegado de los intereses de la *civitas*.” p. 223.

Las *res universitatis* son aquellas cosas que pertenecen a la ciudad y por extensión, al municipio, colonia u otro ente público, destinadas al uso de la colectividad; por su parte las *res communes*, son aquellas que por razones de derecho natural o de derecho de gentes, se considera que pertenecen a toda la humanidad, como el aire, el mar, las playas o el agua corriente.

La *res publicae in publico uso* se caracteriza por tener:

- Pertenencia al *populus* o a un ente público.
- Régimen de uso, regulado por el ente titular; y abierto a todos los miembros de la colectividad.
- *Publicatio*, destino natural o *vetustas*, en la caracterización como público del bien correspondiente.
- Inalienable: el bien está fuera del comercio.
- Imprescriptible: el bien no puede ser adquirido por usucapión de un particular.
- Nulidad de estipulaciones, legados, servidumbres, etc., realizadas sobre este tipo de cosas públicas.²⁴

Ahora bien, la relación de *utilitas publica*, *utilitas omnium* y *utilitas universorum* es coincidente hasta la época clásica, dado que la contraposición de intereses públicos y privados subordina los intereses privados en función de la utilidad del pueblo en su conjunto, no de un ente estatal o abstracto como el Estado Romano. A partir de la época clásica y particularmente en la época postclásica se introduce en los textos la idea de utilidad del Estado o del Fisco, llegándose a considerar que lo que es de utilidad pública, lo es del Estado como ente abstracto, con intereses meramente fiscales o recaudatorios.²⁵

Este particular interés público, que se aparta del interés de los particulares o de la colectividad en cuanto tal, destacando la prevalencia del interés superior del Estado, considera que lo que es de utilidad pública ahora puede ser a partir de los intereses meramente fiscales o recaudatorios.²⁶

V. CONCLUSIONES

A manera de reflexión final diremos que la relación de las cosas frente a la persona en singular o en colectividad, han determinado en gran medida el desarrollo político y jurídico de cualquier sociedad.

²⁴ *Ibidem*, p. 226.

²⁵ *Ibidem*, p. 227.

²⁶ *Ibidem*, p. 228.

En el caso de la sociedad romana, la *res publicae* como género, constituye aquellas cosas que son parte del dominio del *populus* de los *civis* en colectividad. Así, la *res publicae in publico uso*, constituye aquellos bienes de utilidad pública destinados al uso colectivo y gratuito para todos los miembros de la comunidad, como: aguas públicas, minas públicas, vías públicas, puertos, jardines públicos, etc., y las *res publicae in pecunia populi o in patrimonio populi o fiscales*, que constituyen aquellas cosas públicas que producían beneficios (económicos) al Estado. En consecuencia las cosas destinadas a usos públicos, como las vías públicas, no son cosas públicas (de la *civitas*), sino cosas del dominio del *populus romanus*.

Observamos que tener claridad sobre lo dicho no es suficiente para comprender que la *utilitas* con fundamento en la honestidad, en el pensamiento ciceroniano de una *utilitas communis*, (como aquella que cualquiera tiene al mismo tiempo que los demás). Es fundamental para comprender el origen de la noción de lo público y su utilidad común.

Además nos permite distinguir el sentido de la *utilitas pública* como justificadora de actos de particulares, de funcionarios o del mismo emperador, como la construcción de acueductos, el mantenimiento de cloacas, el sostenimiento y construcción de caminos públicos e inspiradora de las reglas del derecho.

Destacamos que resulta útil comprender que en la época clásica los intereses privados se subordinan a los intereses públicos (en el caso de confrontación) en función de la utilidad del pueblo en su conjunto, no de un ente estatal o abstracto como el Estado romano.

No obstante con el tiempo se introducirá en los textos la idea de utilidad del Estado o del fisco, llegándose a considerar que, lo que es de utilidad pública lo es del Estado como ente abstracto, con intereses meramente fiscales o recaudatorios.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes

Corpus Iuris Civilis.

CICERÓN, *Los oficios*, Los clásicos, Tratados Morales, trad. de Menéndez y Pelayo, M. de Valbuena y Gallegos Roca Full, México, Cumbre, 1978.

DONELLUS, Hugonis, *Commentarii de Iure Civile, L.II, C.V.* Texto disponible para su consulta: https://books.google.com.mx/books?id=OQBbAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

GAYO, *Institutas*.

Las siete Partidas, con la glosa de Alonso Díaz Montalvo, México, Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, t. I.

LENEL, Otto, *Palingenesia*, consultable en: <https://archive.org/details/palingenesia-juri02lene>.

Doctrina

ALBUQUERQUE SACRISTÁN, Juan Miguel, “Consideraciones en materia de protección vial: El interdicto *ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius sit fiat* (D.43.8.2.20)”, *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española*:(1940-2000), 2001.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público romano recepción, jurisdicción y arbitraje*, 8ª ed., España, Thomson Civitas, 2005.

GARCÍA GARRIDO, Manuel de Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, Dykinson, 2000.

HERÁNDEZ VELASCO, Héctor, *El abuso del derecho en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia*, Colombia, Universidad Industrial de Santander, 2011.

LAZO, Patricio, “Limitación e ilimitación de responsabilidad en una empresa de navegación (D.14.1.1.19-20 y D.14.6.pr.)”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídico*, Sección de Derecho Romano, XXXIII, Valparaíso, Chile, 2011.

MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de derecho civil estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, t. II: Tratado de cosas.

PENDÓN MELÉNDEZ, Esther, *Régimen Jurídico de la Prestación de Servicios Públicos en Derecho Romano*, Madrid, Dykinson, 2002.

PONTE ARREBOLA, Vanesa, *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*, Madrid, Dykinson, 2006.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto, “*Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*”, Colombia, Universidad de Externado de Colombia, 2002.

TRISCIUOGLIO, Andrea, “Consideraciones Generales sobre la tutela de las res publicae y de sus usos en la experiencia romana”, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio *et al.* (coeditores), *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal*, Madrid, Dykinson, 2011.

TRIBUNALES PERMANENTES COMO MEDIO
DE CONTROL DE LA CORRUPCIÓN
DE LOS MAGISTRADOS: *CRIMEN PECUNIARUM
REPETUNDARUM*. DESDE ROMA HASTA EL DERECHO
PENAL PERUANO

Rosario DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN*

Álvaro D'Ors centenario dicatum

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Leges repetundarum en su contexto histórico: lex Calpurnia (a. 149 a.C.), lex Acilia (a. 123 a.C.), lex Iulia (a. 59 a.C.), lex Cornelia (a. 81 a.C.)*. III. *La recepción del crimen pecuniarum repetundarum en el derecho castellano*. IV. *La recepción de los delitos públicos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano: breve síntesis legislativa y jurisprudencial*. V. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

1. El interés por el tema fue suscitado por el aumento —desde hace ya unas décadas—, de la corrupción en el Perú, en los diversos órganos del Estado, en los políticos y en los funcionarios públicos. En la actualidad la percepción de corrupción entre funcionarios públicos está muy generalizada y alcanza un porcentaje del 49.4%, obteniendo Perú en el año 2014, a nivel de la región una percepción del 78.2%, en el quinto lugar, entre Guyana con un 78.4%

* Profesora ordinaria principal de derecho romano y derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Perú. Doctora en derecho por la Universidad de Cantabria (Santander-España). Profesora de la Academia de la Magistratura.

y Jamaica un 78.1%.¹ Se han imputado delitos contra la administración pública a ministros de Estado, a congresistas de la República, a alcaldes, a presidentes de los gobiernos regionales, etc. Se trata de prácticas de corrupción que afectan a funcionarios o servidores públicos de alto nivel, y también a funcionarios subordinados, en los que recaen deberes especiales para con los intereses del Estado, con la añadida preocupación por la ineficacia de los propios órganos de control y la correspondiente sanción, como el Poder judicial, la Contraloría General de la República, etc.²

Pero si bien es cierto, y por todos conocido, que la corrupción ha existido en nuestro país a lo largo de su historia, y que al decir de Durand en un interesante estudio,³ la corrupción se propicia por *la debilidad del Estado*, que facilita la colusión que permite aprovecharse de los bienes públicos desde un cargo público para beneficio propio, por lo que se trata de “un tema tan viejo en el Perú como los préstamos a los virreyes y la exportaciones de guano a mediados del siglo anterior”, sin embargo, podemos decir que en el proceso de globalización en el que vivimos, la corrupción se ha extendido a nivel mundial.

En el Perú, desde la década de los ochenta, hasta el inicio del gobierno de transición con el presidente Valentín Paniagua (noviembre 2000-julio 2001), el grado de corrupción alcanzó sus cotas más altas, al haberse generalizado la corrupción de tal manera que abarcaba al Estado, a la economía, a la sociedad civil e incluso a la prensa, por lo que hubo que tomar algunas medidas para combatirla, entre otras, la creación de los juzgados anticorrupción.

Me vinieron a la memoria las palabras del jurista Álvaro d’Ors cuando nos decía en sus clases magistrales, que si en una sociedad estaba muy presente el derecho penal, esa sociedad no iba bien, algo andaba mal en ella. Por el con-

¹ Fuente de información, Barómetro de las Américas por Lapop, 2014, encuestas publicadas en el Diario *El Comercio*, del 21 de junio del 2015, p. A-12: *Informe, El costo de la corrupción*, donde se destaca que el principal costo de la corrupción no es lo robado, sino su impacto en la inversión, el acceso a servicios públicos y las malas decisiones que genera. Penetra en el tejido de la economía y lo daña de manera profunda. Entre los datos que se aportan resalto el de la corrupción de los alcaldes del país: para la Procuraduría Anticorrupción, en el 2014, el 92% de los alcaldes —casi 1,700 de 1,841— fueron investigados por presuntos actos de corrupción vinculados a los delitos de peculado de uso, malversación de fondos, negociación incompatible y colusión.

² Montoya Vivanco, Iván “La responsabilidad penal del funcionario superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados”, en Pariona Arana, Raúl (dir.), *20 años de vigencia del Código Penal peruano*, Lima, Grijley, 2012, pp. 551-553.

³ Durand, Francisco, “Cleptocracia y empresariado en el Perú”, *Nueva Sociedad*, núm. 194, Noviembre-Diciembre, 2004, Lima, pp. 120-132.

trario, cuando el derecho civil está presente en la sociedad podemos afirmar lo contrario. De igual modo, el filósofo Leonardo Polo, conocedor de nuestro país por haber realizado estancias de investigación en nuestra Universidad, afirmaba que cuando hay corrupción no puede haber desarrollo, y tampoco es posible salir de la pobreza. Asimismo, como observa García Cavero,

una persona entra en corrupción moral cuando su línea de comportamiento no se corresponde con los parámetros morales con los que tiene que actuar. La corrupción, en cuanto hecho socialmente perturbador, se presenta cuando una persona con la capacidad de decidir frente a terceros en determinado sector social, no honra el compromiso de motivar sus decisiones en función de lo más adecuado para el sector social que le ha sido confiado.⁴

En nuestro país, el derecho penal ha aumentado su campo de aplicación y se acude a las normas penales para resolver los conflictos sociales, por lo que se puede hablar de una funcionalización del derecho penal, es decir, el derecho penal utilizado con fines políticos, con olvido de que deben respetarse una serie de principios que deben estar presentes en un Estado social y democrático de derecho.⁵

En definitiva, me interesó el tema de la corrupción porque es una cuestión que atañe a la persona, a la necesidad de su formación en valores, lo que conlleva un programa a largo plazo para que éstos se puedan ir consolidando, con el consiguiente impacto en la sociedad.

2. Así las cosas, dirigí la mirada hacia el derecho romano, que como bien sabemos, y en palabras del romanista Jorge Adame, “sirve como medio para juzgar y valorar el derecho vigente”,⁶ y que según la certera opinión de Rafael Domingo,⁷ “cualquier consideración teórica acerca del nuevo orden jurídico mundial debe hacerse a la luz de las fuentes del derecho romano”. De igual modo, Cuenca Boy apunta que “una de las mejores cosas que po-

⁴ García Cavero, Percy, “Políticos marketean la corrupción”, *Revista Amigos*, núm. 68, 2011, Piura, p. 5, donde el a. resume algunas de las ideas plasmadas en la “Lección inaugural” pronunciada con motivo de la apertura del Año académico 2011 en la Universidad de Piura, bajo el título de: “La corrupción en el Estado, la economía y la sociedad”.

⁵ Bramont-Arias Torres, Luis Alberto, “A seis años de la promulgación del Código Penal”, *Derecho penal, Gaceta Jurídica*, núm. 49, Lima, 1997, p. 26.

⁶ Adame, Jorge, “El Derecho de propiedad en el Derecho mexicano examinado a la luz del Derecho romano clásico”, en Cuevas Gayosso, José Luis (coord.), *Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, México, Universidad Veracruzana, 2009, p. 263.

⁷ Domingo, Rafael, *Ex Roma ius*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2005.

demos hacer es seguir cultivando el derecho romano sin más expectativa inmediata que extender y profundizar su conocimiento”.⁸

Es por ello que en el presente trabajo nos ocuparemos de la regulación de los delitos públicos, en especial *crimen repetundarum*, que sancionaba a los magistrados concusionarios, y de la instauración de la figura de *quaestiones perpetuae*, la creación de los tribunales penales públicos permanentes, para su conocimiento y sanción correspondiente. De igual modo, se estudiará su recepción en el derecho castellano, principalmente en la regulación de las Siete Partidas de Alfonso X “El Sabio” (1265), y en el derecho indiano. Por último, realizaremos un breve análisis de la codificación penal desde 1863 hasta la legislación penal vigente, el Código Penal de 1991, junto a algunas sentencias de interés, de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia.

II. *LEGES REPETUNDARUM* EN SU CONTEXTO
HISTÓRICO: *LEX CALPURNIA* (A. 149 A.C.)
LEX ACILIA (A. 123 A.C.), *LEX IULIA* (A. 59 A.C.),
LEX CORNELIA (A. 81 A.C.)

1. Como es bien sabido, los *crimina* —a diferencia de los *delicta* configurados como hechos ilícitos que consistían en una ofensa sólo para la familia del perjudicado— eran considerados como aquellos actos ilícitos que representaban un atentado para la sociedad pudiendo ser perseguidos por cualquier ciudadano. Es a partir del siglo II a.C. cuando se crean los tribunales penales permanentes (*quaestiones perpetuae*) para juzgar estos delitos públicos, convirtiéndose en órganos ordinarios de la justicia penal y desarrollando las funciones que antes correspondían al pueblo. El primer tribunal permanente fue la *quaestio de repetundis*, para juzgar y reprimir los casos de *repetundae*,⁹ es decir, las malversaciones realizadas por los magistrados al igual que las exacciones llevadas a

⁸ Cuenca Boy, Francisco, *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación en el derecho romano clásico*, Santiago de Compostela, Andavira, 2010, p. 12.

⁹ García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia romana*³, reimpr., Madrid, Dykinson, 1993, p. 301: “Delito que comete el magistrado que recibe o se apodera de bienes de las personas que están bajo su jurisdicción, o de los territorios donde ejerce su Magistratura; y que a tenor de numerosas leyes prohibitivas sancionadoras quedan obligados a reintegrar a los perjudicados, amparados por diversas acciones en repetición”.

cabo de manera indebida por éstos.¹⁰ Como observa Torrent,¹¹ “arrancando de una época arcaica en que el principio de legalidad se disuelve en la *coercitio* del magistrado y en la notoria escasez de normas penales, a finales de la República con las numerosas leyes institutivas de *quaestiones* para juzgar de delitos concretos, se va afirmando el principio de legalidad, que luego senadoconsultos, constituciones imperiales y, aunque en menor medida, también la *interpretatio prudentium*, van dando certeza al derecho criminal romano”.

2. El origen de estos tribunales se encuentra ya en el año 171 a.C., según el testimonio de Tito Livio,¹² en las quejas presentadas por los habitantes de Hispania ante el legado romano por el comportamiento concusionario de los magistrados romanos. El Senado, bajo la presidencia del *pretor peregrinus*,¹³ ordenó la creación de una comisión de investigación, a cargo de cinco jueces *recuperatores* con un procedimiento semejante al del proceso privado, que una vez comprobada la veracidad de la denuncia estableció que se restituyera lo ilícitamente obtenido. Análogos procesos se siguieron en años sucesivos. Es en

¹⁰ Rascón, César, *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho romano*³, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 370 y ss.; Fernández de Buján, Antonio, *Derecho público romano y Recepción del Derecho romano en Europa*⁵, Madrid, Civitas, 2000, pp. 196-199; Fernández de Buján, Antonio, *Derecho público romano*¹⁴, Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 232-235.

¹¹ Torrent, Armando, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Cátedra Derecho, Oviedo, 1980, t. II, pp. 277 y ss; *cf.* también Núñez Martí, Amparo, “*Quaestiones perpetuae*. Un paso hacia el principio de legalidad”, en Calzada González, Aránzazu y Camacho de los Ríos, Fermín (coord.), *Derecho penal: de Roma al Derecho actual*, Madrid, Edisofer, 2005, pp. 421-428, donde la a. destaca que el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* consistente en la sumisión del sistema penal a la ley, no lo encontramos en el derecho penal romano primitivo por el escaso número de delitos subsumidos en unas figuras muy amplias donde caben numerosos hechos penales, y al mismo tiempo por la amplitud de la discrecionalidad de los magistrados que fue limitada posteriormente con la *provocatio ad populum*. Puede afirmarse que el principio de legalidad en Roma se consolida de manera estable con las leyes introductorias de las *quaestiones* para juzgar delitos concretos; un principio fundamental “en cualquier sistema democrático de Derecho, así en virtud de unas leyes específicas se instauraron los *iudicia pública*, en los que mediante una ley puesta por el *populus*, por primera vez se fija un crimen determinado, y se prevé definitivamente un determinado procedimiento para su persecución y sanción”.

¹² Tito Livio, *Ab urbe cond.* 29,21,5; 23,2; *cf.* el análisis realizado de las fuentes literarias y jurídicas en: Bello Rodríguez, Silvestre y Zamora Manzano, José Luis, “*Crimen repetundarum: status questionis*”, en *Revista General de Derecho romano* (RGDR), núm. 21, 2013, pp. 1-12; asimismo, *cf.* el interesante trabajo de González Romanillos, José Antonio, “El procedimiento civil como medio de control de la corrupción política. *Formula Octaviana* y *crimen repetundarum*”, en *Foro*, Nueva época, núm. 00, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 391-400; Burdese, Alberto, *Manual de Derecho público romano*, trad. Martínez Sarrión, Ángel-Latorre Segura, Ángel, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 318 y ss.

¹³ Torrent, Armando, *Derecho público romano...*, *cit.*, p. 282.

el año 149 a.C., cuando por una *Lex Calpurnia de pecuniis repetundis*¹⁴ se regula el *crimen repetundarum* que como ya quedó apuntado, se sancionaba al magistrado concusionario, con un procedimiento regular permanente, creando un álbum del juicio para que, en cada supuesto, el *praetor peregrinus* eligiera el jurado competente para conocer de cada crimen (*quaestio repetundarum*). Con posterioridad, se sancionará además del magistrado a cualquier otra persona que hubiera colaborado con él. Mediante la *lex Acilia repetundarum*¹⁵ (año 123 a.C.), aprobada probablemente por iniciativa de M. Acilius Glabrio, quizá colega de Cayo Graco en el tribunado de la plebe, regula el *crimen repetundarum* —delito de concusión— cometido por los magistrados que obtenían dinero u otros bienes provinciales por coacción, y se impuso una pena del doble del valor de lo adquirido injustamente y el proceso estaba a cargo de un *praetor peregrinus* designado por el Senado, que aportará 450 ciudadanos procedentes del orden ecuestre, entre los que el acusador elegía 100 nombres y el acusado a 50 de entre éstos, que compondrían el jurado. Éste dictará la sentencia absolutoria o condenatoria, que pronunciará el pretor. Si el acusador victorioso era extranjero obtendrá la ciudadanía, junto al derecho de voto en la tribu del acusado.¹⁶ La materia fue objeto de nuevas reglamentaciones por las *lex Servilia* (años 111/107 a.C.); la *lex Cornelia Iudiciaria* (año 81 a.C.) y la *lex Iulia* del año 59 a.C.;¹⁷ éstas últimas formaban parte de la legislación criminal debida a Sila y a César, quedando reducida la sanción al valor de lo extorsionado, pero además con las penas accesorias de la remoción en el cargo de senador, de ilegitimidad para otros cargos, de incapacidad para prestar declaración como testigo, de ser juez y de representar a otro en juicio.¹⁸

¹⁴ Domingo, Rafael (coord.), *Textos de Derecho romano*, Pamplona, Aranzadi-Thomson, 2002, p. 373.

¹⁵ *Ibidem*, p. 371.

¹⁶ Guerrero, Macarena “El *praemium civitatis* en la *lex Acilia repetundarum*: ¿incentivo para reprimir el abuso de poder?, en Perinián, Bernardo y Guerrero, Macarena (coord.), *Persona, Derecho y Poder en perspectiva histórica*, Granada, Comares, 2014, pp. 85-116, donde la autora realiza un interesante estudio de la recompensa dada al acusador provincial en un juicio contra el magistrado de provincias: la obtención de la ciudadanía romana ante la acusación exitosa.

¹⁷ Domingo, Rafael (coord.), *Textos de Derecho romano...*, cit., p. 380: esta ley permitía dirigirse contra las personas que se hubieran aprovechado del dinero ilícitamente obtenido por el magistrado y además prohibía la usucapión de las cosas dadas por los provinciales a los magistrados. Asimismo, se incluyen en el tipo de este delito los supuestos de cohecho. Fue objeto de una interpretación extensiva y estuvo en vigor en el derecho justinianeo, D.48,11; CJ.9,27.

¹⁸ Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del derecho romano*⁵, trad. de la 2ª ed. italiana por De Pelsmaecker e Ivañez, Francisco, Madrid, Reus, 1994, pp. 217 y ss.

3. Como ha quedado apuntado, Sila reorganiza la justicia penal, estableciéndose en la crisis de la época republicana diversos tribunales permanentes para el juzgamiento de los delitos públicos. Entre los delitos públicos que se juzgaban mediante estos tribunales podemos mencionar: *crimen ambitus* relacionado con la corrupción electoral; *crimen falsi* ya sancionado en la ley de las XII Tablas, y que a partir de la mencionada *lex Cornelia* se incluye, por ejemplo, la corrupción de jueces, el soborno de un testigo, etc.; *crimen maiestatis* cuando hay abuso de poder por parte de los magistrados, con extralimitación constitucional; *crimen peculatus* cuando hay sustracción o malversación de dinero público.¹⁹ La pena prevista era generalmente de tipo pecuniario y se establecía al cuádruplo del valor de lo sustraído.

La pena prevista en todos los tipos de crímenes era la pena capital, que comprendía la pena de muerte, la deportación con pérdida de la ciudadanía, y la pena de trabajos forzados en las minas (*ad metalla*), con pérdida de la libertad. Como es sabido, esta esclavitud en concepto de pena, *servitus poenae*, fue abolida por Justiniano, con el fin de que se mantuviera firme el matrimonio.²⁰

4. Como un medio de control de la corrupción política, se utilizó la fórmula octaviana, que se creó después de la entrada en vigor de la *lex Cornelia de repetundis* (año 81 a.C.).²¹ Las expoliaciones de los magistrados fueron reprimidas en época de Sila mediante la coexistencia de dos vías procesales, de un lado, el *iudicium publicum*, a instancia de los ciudadanos romanos por el carácter público del proceso, con la determinación de la responsabilidad penal del acusado, y de otro, la *fórmula octaviana* para la reclamación de los bienes, de parte de los perjudicados, mediante un *iudicium privatum*. En definitiva, el pretor *Cn. Octavius* colmó “la laguna jurídica que había creado la *lex Cornelia de repetundis*, otorgando a la población del Imperio un medio proce-

¹⁹ Fernández de Buján, Antonio, *Derecho público...*, cit., p. 234.

²⁰ Nov. 22,8: *Quod autem prius es legum severitate introductum est, nos clemente cessions resolvimus. Si enim ex decreto iudiciali in metallum aliquis aut vira ut mulier dari iussus esset (quale nunc est in Proconnesoet in appellata Gypro), servitus quidem erat et ab antiquis legislatoribus sancita et ex supplicio ilata, separabatur vero matrimonium (...).*

²¹ González Romanillos, José Antonio, *op. cit.*, p. 397; *cf.* Domingo, Rafael, “Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio III. Palingenesia y reconstrucción”, *Cuadernos compostelanos de Derecho romano*, núm. 7, Santiago de Compostela, 1995, pp. 66-69, donde el autor concluye, con el apoyo en la obra de Balzarini (*Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969), que el Pretor *Cn. Octavius*, del año 79 a.C. fue quien incorporó al Edicto la *actio quod metus causa*, llamada por Cicerón fórmula octaviana (Cicerón, *II In C. Verrem* 3,65, 152) y el creador del edicto de retorsión, al que considera uno de los edictos más controvertidos del álbum, al tratarse de la aplicación de una especie de ley del talión contra aquellos magistrados que disponían un *ius novum* o aquellos particulares que de él se beneficiaban.

sal privado que les permitía obtener resarcimiento de los daños sufridos por la actividad concusionaria de los magistrados romanos”.²²

Existe una cierta relación entre el edicto sobre el *metus* y el edicto de retorsión porque ambos reprimen conductas abusivas.²³ Para D’Ors²⁴ la *actio octaviana* es una acción penal que castiga no al que ejerció la violencia, penado con el *crimen de vis*, sino al que se resiste a reintegrar en el patrimonio de la víctima los bienes perdidos a causa de la coacción, por lo que el régimen de esta acción penal fue siempre el mismo desde la aparición de la fórmula hasta la desaparición del procedimiento formulario. Sin embargo, no defiende la conexión entre el edicto de Octavio y la legislación de *repetundis* —postura que es defendida, sin embargo, por Hartkamp o Kaser—,²⁵ porque: a) reduciría el ámbito de tal edicto al referirse únicamente a las exacciones de los magistrados, mientras que la acción del *metus* no tuvo tal restricción; b) porque además, en el caso de la reclamación de *repetundis*, los terceros respondían tan solo en caso de que el magistrado que había cometido el delito resultara insolvente, lo que no ocurre con el edicto de *metus* y c) porque la legislación de *repetundis*, muy anterior a la fórmula octaviana, fue una institución independiente del *metus*, que tiene carácter privado, aunque si esté en relación con la represión pública de la *vis*.

5. A partir del Principado se da una progresiva reducción de la competencia de las *quaestiones perpetuae*, al asumir el príncipe, junto a sus delegados o funcionarios, las funciones coercitivas. Van a tipificarse nuevas figuras delictivas que conocen y sancionan los funcionarios a través de la *cognitio extra ordinem*, caracterizada por el principio inquisitivo, que sustituye al principio acusatorio de parte, característico en el proceso ante las *quaestiones perpetuae*.²⁶ A partir del siglo III, las *quaestiones* quedarán absorbidas por la *cognitio extraordinem*.

²² González Romanillos, José Antonio, *op. cit.*, p. 400.

²³ Calore, Emanuela, *Actio quod metus causa. Tutela de la vittima e azione in rem scripta*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 125-154, donde la autora realiza un extenso análisis de la fórmula Octaviana y en las pp. 145-153, se centra en un agudo estudio acerca de la relación entre la fórmula Octaviana y la *quaestio de repetundis*. Así se refiere en p. 147, a que: “una stretta correlazione tra formula Octaviana e legislazione de repetundis, evidenziata già dal Rudorff, è stata ribadita anche dall’Hartkamp, secondo in quale essa sarebbe provata dal termine “auferre” comune ad entrambe, e dalle circostanza, tramandataci da Cic. In Verrem, 2,3,65, 152, in base alla quale Metello non avrebbe concesso la formula Octaviana al senatore Gallo contro Apronio per non praeiudicare il processo che si stava svolgendo contra Verre, como spiega meglio, In Verrem 2,3,65,153”.

²⁴ D’Ors, Álvaro, “El comentario de Ulpiano a los Edictos del *metus*”, *AHDE*, Madrid, 1981, pp. 226 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 227.

²⁶ Fernández de Buján, Antonio, *Derecho público...*, *cit.*, pp. 234 y 235; Id., *Derecho público romano y recepción...*, *cit.*, p. 199.

Las *leges de iudices repetundarum* están recogidas en la compilación justiniana en nueve fragmentos: D.48,11,1-9, se trata de unos textos muy conocidos y “presentan un gran interés no solo por razón de su contenido sino también por las interpretaciones que se han realizado y probablemente por haber servido de punto de apoyo o de partida para la construcción dogmática referente a este tipo de procesos de carácter público”.²⁷

III. LA RECEPCIÓN DEL *CRIMEN* *PECUNIARUM REPETUNDARUM* EN EL DERECHO CASTELLANO

1. La recepción del derecho romano justiniano se dio a través de las Universidades europeas, principalmente la de Bolonia. El derecho romano se transformó en objeto de estudio de la ciencia jurídica bajomedieval, y junto con el *ius canonicum*, dieron lugar al *ius commune*, que se aplicará en la Europa occidental.²⁸

El derecho propiamente indiano que rigió en la América española, en términos generales, desde fines del siglo XV hasta la segunda mitad del siglo XIX, tuvo como principales fuentes el derecho castellano público y privado —principalmente las Siete Partidas (1265) y la Novísima Recopilación (1567)—, el derecho indígena y la costumbre indígena y criolla, y finalmente, un derecho específico de Indias, donde se tratarán materias que por su naturaleza no podrán ser resueltas ni por el derecho castellano ni por los precolombinos.

El derecho indiano era más flexible en el ámbito del derecho público que en el del derecho privado, prefiriéndose la norma local a la metropolitana, si bien, en la conformación del derecho colonial se nutre de una compleja legislación tutelar indígena y de una influencia del romanismo, y como afirma Basadre,²⁹ el derecho indiano era el derecho colonial por excelencia. Los juristas indianos estaban influenciados por la cultura jurídica romana, componente esencial del *ius commune*. En síntesis, fueron los españoles quienes aportaron su derecho al que se injertará también el llamado derecho indiano.

²⁷ Bello Rodríguez, Silvestre y Zamora Manzano José Luis, “*Crimen repetundarum: status quaestionis*” ..., *cit.*, p. 17.

²⁸ Stringini, Natalia, “La continuidad de la tradición jurídica indiana en el pensamiento de Carlos Tejedor. El caso del delito de cohecho”, *Revista de Historia del Derecho*, Sección Investigaciones, INHIDE, Buenos Aires, núm. 45, enero-junio 2013, pp. 43-72.

²⁹ Basadre Grohmann, Jorge, “El Derecho colonial”, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* I/2, Lima, pp. 248-262 y Ramos Núñez, Carlos y Honores, Renzo, “Ensayos sobre Historiografía Jurídica Peruana”, *Cuadernos de investigación* 1, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) e Instituto Riva Agüero, 1997, p. 42.

2. En el derecho penal castellano —a través de las Partidas—,³⁰ se establecen distintos tipos de penas y se enumeran siete tipos de penas diversas, unas mayores y otras menores. Entre las primeras encontramos, la de la muerte por medio de la hoguera, la horca, el garrote, el trabajo en las minas del rey, la condena a las galeras, el destierro a una isla o la cárcel perpetua. Entre las penas menores, se establecen, el destierro perpetuo, la infamia, los azotes, la confiscación de los bienes y las multas.

Al igual que el derecho romano, la legislación castellano-indiana reguló distintas categorías de delitos tales como la falta de integridad de los jueces y magistrados:³¹

Qué pena debe haber el Juez que a sabiendas o por necedad juzgó mal en pleito que no sea de justicia. Malamente yerra el juez que juzga contra derecho a sabiendas.

El juez será prevaricador cuando juzgue en contra de lo establecido en la ley a cambio de una promesa o por aceptar alguna cosa (P.3,22,24)

Asimismo, el juez debía sufrir en su cuerpo la pena impuesta de manera injusta a otro, ya sea de muerte, de lesión o de destierro. Sin embargo, el rey podía perdonarle la vida, desterrarle para siempre por infamia, y quedarse con todo su patrimonio (P.3,22,25): “Si algún juez juzgare a sabiendas torciceramente a otro en pleito de justicia que tal pena merece el recibir en su cuerpo cual él mandó hacer al otro, ya sea de muerte o de lesión, o de otra manera de desterramiento”.

De igual manera que otros delitos existentes en el derecho indiano, el cohecho toma sus características generales de la legislación romana, en concreto de la *lex Iulia repetundarum* (año 59 a.C.), a la que nos hemos referido líneas arriba.

En fin, otros delitos también fueron regulados como por ejemplo, el de los escribanos que recibían cosa de comer por el pago de sus derechos (Novísima Recopilación 5,24,2); el procurador que recibía dádivas para dilatar el pleito; el corregidor, juez, oidor, alcalde, escribano, alguacil, relator del consejo del rey que recibía donaciones, tales como oro, plata, viandas o cosas para comer o beber (Novísima Recopilación 4,2,9).³²

³⁰ Basadre Ayulo, Jorge, *Historia del Derecho universal y peruano*, Lima, Ediciones Legales, 2011, pp. 604 y 605.

³¹ P.3,22,24-27, en la versión de Sánchez-Arcilla, José, *Las Siete Partidas*, Madrid, Reus, 2004, pp. 549-551; Bello Rodríguez, Silvestre y Zamora Manzano, José Luis, “*Crimen repetundarum: status*”..., *cit.*, p. 25.

³² Stringini, Natalia, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

En cuanto a las penas aplicadas a estos delitos cometidos por funcionarios públicos, algunas de ellas se identificaban con las impartidas en el derecho romano, por ello, en el derecho penal castellano —a través de las Partidas—,³³ se establecen distintos tipos y se enumeran hasta siete clases de penas diversas, unas mayores y otras menores. Entre las primeras encontramos, la de la muerte por medio de la hoguera, la horca, el garrote, el trabajo en las minas del rey, la condena a las galeras, el destierro a una isla o la cárcel perpetua. Entre las penas menores, se establecen, el destierro perpetuo, la infamia, el pago del doble de lo recibido en soborno, los azotes, la confiscación de los bienes y las multas.

IV. LA RECEPCIÓN DE LOS DELITOS PÚBLICOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO PENAL PERUANO: BREVE SÍNTESIS LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

1. Por razones obvias, no entraré aquí en el detalle de la elaboración del proyecto del Código Penal de Manuel Lorenzo Vidaurre (1828), ni tampoco del Código Penal de Santa Cruz (1837-1838), si no que me referiré en primer lugar al Código Penal de 1863, de influencia española:³⁴ En la sección quinta se regula “De los delitos peculiares a los empleados públicos”: título 1 y 2, de la usurpación de autoridad, artículos 166-169; título 3, del prevaricato, artículos 170-174; título 4, del cohecho, artículos 175-181 (pp. 381 a 391). El delito de cohecho se regula (artículo 175), como un delito especial muy grave al que se le debe aumentar un grado la pena:

Cuando medie cohecho o soborno en los delitos que los empleados públicos cometen en el ejercicio de sus funciones, se les aplicará la pena correspondiente a estos delitos aumentada en un grado; y además una multa del duplo del valor recibido o del tanto prometido o aceptado.

El cohecho o soborno cuando sea para ejercer actos de justicia, se castigará con la multa establecida en este artículo y con suspensión de dos meses a un año.

La fidelidad al Código Penal español (1848) se pone de manifiesto en la adopción de la sistemática tanto en la parte general como en la especial. El

³³ Basadre Ayulo, Jorge, *op. cit.*, pp. 604 y 605.

³⁴ Viterbo Arias, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Lima, Imp. Torres Aguirre, 1898, t. II.

propio legislador reconoce la influencia española en razón a “que estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla, no era posible alejar nuestro proyecto de aquellas acertadas disposiciones”. Si bien el Código Penal español es “imitación” del Código Brasileño de 1830, “copia a su vez del Código napolitano, como éste lo era del francés de 1810. Pero conviene advertir que el legislador peruano adecuó el “Código importado” a la realidad político-social del país, simplificando o suprimiendo algunas disposiciones.³⁵

2. El segundo Código Penal de 1924, estuvo influenciado por el Código Penal suizo e italiano, y estuvo a cargo del doctor Víctor M. Maúrtua, si bien se conservan disposiciones del Código de 1863. En la parte especial es clara la influencia helvética en casi todas sus disposiciones, regulándose en el libro segundo del Código los delitos contra las personas, contra la sociedad y contra el Estado: en los artículos 343-345 se regula la concusión; el delito de peculado en los artículos 346-348; el de prevaricato en los artículos 345-357 y el de denegación y retardo de justicia en los artículos 354-361.

3. A partir del año 1928 se inicia una reforma del Código Penal cuando todavía no tenía aún tiempo para haber sido apreciado en su aplicación, y que en palabras de Luis Jiménez de Asúa, “el hecho más importante de la legislación penal contemporánea es el código peruano”.³⁶ Sin embargo se dio inicio a la reforma del Código de 1924 que culminará con la promulgación del actual Código Penal de 1991.

4. El actual Código Penal de 1991 tiene una clara influencia alemana, fijándose en el Código Penal de 1975. El penalista Rojas Vargas destaca en la introducción a su obra³⁷:

Una justicia penal con estándares internacionales; esto es, fundamentada constitucionalmente, contextualizada con las normas internacionales de defensa de los derechos humanos y consolidada con las normas rectoras del debido proceso y la tutela jurisdiccional, exige vincular la argumentación fiscal y judicial con la dogmática penal (...). Una jurisprudencia que enfatiza y privilegia la consolidación del pensamiento jurídico penal de la magistratura nacional, la que mediante jurisprudencia vinculante (ejecutorias y acuerdos plenarios) y /o jurisprudencia ilustrativa, hace cada vez más predecible la sensible materia penal.

³⁵ Hurtado Pozo, José, *La Ley “importada”. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima, Ed. CEDYS, 1979, pp. 43 y 44.

³⁶ Espinosa, Eloi, *Orientación del Código penal peruano de 1924*, Lima, Talleres gráficos de la Penitenciaría central, 1929, p. 9.

³⁷ Rojas Vargas, Fidel, *Código penal. Dos décadas de jurisprudencia*³, Lima, Ara, 2012, p. 23.

Los delitos contra la Administración Pública quedan regulados en el libro II, parte especial-delitos, título XVIII, en los artículos 354 a 426: Los delitos cometidos por funcionarios públicos comprenden los artículos 376 al 401, y los delitos cometidos contra la Administración de justicia, los artículos 402 al 424. Los artículos que comprenden los delitos de abuso de autoridad, de concusión, de peculado y de cohecho han sufrido numerosas modificaciones, siendo las últimas las realizadas en el año 2011.

Como destaca el penalista Nakazaki Servigón, “en el Derecho peruano se está construyendo un sistema jurídico en el que la Jurisprudencia empieza a ser fuente de producción del derecho; se comenzó con las Salas civiles Supremas al resolver los recursos de casación; luego las sentencias del tribunal constitucional y finalmente, las sentencias de las salas penales de la Corte Suprema”.³⁸ Desde la jurisprudencia penal se resuelven los casos por delitos de colusión, peculado, malversación de fondos, tráfico de influencias, etc.,

que exigen la verificación de una correcta aplicación de la ley por su gran incidencia, lamentablemente, en la Administración Pública y el significativo número de procesos penales que general, a tal punto que en Lima hay dos subsistemas de justicia penal en función de la coexistencia del viejo Código de Procedimientos Penales y del nuevo Código Procesal Penal (del año 2004).³⁹

5. Por último, en cuanto a la jurisprudencia penal, podemos destacar algunas de las múltiples sentencias pronunciadas en las materias que nos ocupa:

A) Cohecho

El cohecho se encuentra dentro de los tipos dolosos porque existe el conocimiento y la voluntad necesarios para el pacto ilícito. Así tenemos que el elemento subjetivo que motiva al funcionario es la oferta o promesa, en tanto que al corruptor le motiva la obtención de un beneficio representado por la realización de un acto o por la abstención de otro.

(Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)⁴⁰

³⁸ Nakazaki Servigón, César, “Los delitos contra la administración pública en la Jurisprudencia”, *Diálogos con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pp. 5-14.

³⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁰ *Compendio Jurisprudencial comentada. Prevención de la corrupción y justicia penal*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 2014, p. 60.

B) Concusión

En cuanto a la Concusión “[...] al respecto tenemos que nuestro legislador, en el caso que nos ocupa, busca proteger el regular funcionamiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública conjuntamente a la corrección y probidad de los funcionarios y servidores públicos”. (Exp. 44-06, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de junio de 2011)⁴¹

[...] este delito es uno de infracción de deber, en cuya virtud el agente público, mediante abuso del cargo que tiene —de las propias funciones o facultades que se tiene— despliega violencia, amenaza o engaño para someter a una personas y, de este modo, obligarla (amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia Administración Pública) o inducirla (con engaños o mentiras) —son las acciones típicas propiamente dichas— a dar un bien o cualquier otro beneficio patrimonial para sí o para otro.

(R. N. 1062-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de marzo de 2013)

El delito de concusión se caracteriza por que el núcleo rector del comportamiento típico es “abusar del cargo” para obligar a inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial.

(R. N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de abril de 2006)

En el delito de concusión, previsto en el artículo 382 del Código Penal, para su configuración se requiere que el sujeto activo además de ejercer abusivamente los actos que son propios de una autoridad pública, le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta.

(Exp. 4050-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de agosto de 2002)

i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia, ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o, ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada; y, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva al uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones [...], en dar —entregar, transferir algo a alguien— o prometer —efectuar un ofrecimiento a futuro— en forma indebida —prestación sin sustento alguno— un bien o un beneficio patrimonial para sí o

⁴¹ *Ibidem*, p. 65.

para otros, es decir, que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona.

(R. N. 1601-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2009)⁴²

C) Diferencia entre malversación de fondos y peculado

Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de Malversación de Fondos y Peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el Peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado, y su característica más relevante es que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no sale de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso de Peculado.

(R. N. 1336-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de enero de 2013).⁴³

D) Colusión

Que, el delito de Colusión previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, para su configuración, debe acreditarse *“el acuerdo clandestino entre dos o más personas para conseguir un fin ilícito, mediante la traición a la confianza o la elusión de la actividad legítima de terceros”*, en el cual el bien jurídico protegido es: el desarrollo de la Administración Pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función pública [...].

(R. N. 3307-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de mayo de 2009).

La concertación involucra al sujeto activo (funcionario o servidor público) quien abusando de su cargo o comisión encomendada acuerda con particulares a efectos de defraudar al organismo que representa, destacándose que conforme a la Ley 29758 la participación del funcionario o servidor público puede ser “directa o indirectamente”. La Ejecutoria Suprema del 12 de Diciembre del 2007 establece que “[...] —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa”.

(Exp. 34432- 2010-17, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima el 22 de julio de 2013).⁴⁴

⁴² *Ibidem*, p. 66.

⁴³ *Ibidem*, p. 111.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 74.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El itinerario que hemos realizado de las leyes reguladoras romanas, desde el siglo II a.C., para sancionar los delitos públicos cometidos por los magistrados en su función pública mediante la creación de los tribunales permanentes, junto a otros remedios procesales y penales, como lo fuera la fórmula octaviana, con la recepción de los mismos en el derecho castellano e indiano, nos lleva a afirmar el influjo que han tenido en la codificación penal peruana desde su primer Código en 1863, el posterior de 1924 y el actual de 1991, donde se sancionan los delitos de extorsión y corrupción cometidos por funcionarios públicos.

CIVILISMO, *AEQUITAS* Y REPUBLICANISMO ROMANO EN EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO Y LATINOAMERICANO: VIEJOS Y NUEVOS PARADIGMAS

Roque Armando FARTO BENAVIDES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El civilismo como forzoso auxiliar en la interpretación constitucional latinoamericana*. III. *El republicanismo y aequitas romana en el paradigma del neoconstitucionalismo ecuatoriano y latinoamericano*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La creciente influencia que desde mediados de la última década del siglo XX ejerce el denominado neoconstitucionalismo¹ en la generación de textos constitucionales, normativa secundaria, así como en las decisiones de jueces, tribunales y órganos de control constitucional en muchos países de América Latina, conduce a un significativo segmento de académicos y abogados autoproclamarse neoconstitucionalistas² y, en no pocos casos, sostener que el

* Profesor titular de la cátedra de instituciones del derecho romano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Quito.

¹ Término con que se designa a una serie de teorías nacidas en Europa, a partir de la segunda guerra mundial que, en lo sustancial, propugnan constitucionalizar los derechos para su efectivo ejercicio, sobre la base de los derechos humanos. Llegó a los círculos jurídicos latinoamericanos durante los años 80 del siglo; entre sus más visibles exponentes están Luigi Ferrajoli, Suzzane Pozzoli, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Miguel Carbonell.

² Lo afirma el profesor Giovanni Battista Ratti, catedrático de la Universidad de Génova, refiriéndose a la opinión de Suzzanne Pozzolo, en su ponencia “Neoconstitucionalismo negativo” presentada en la I Jornada Internacional de Derecho, organizada por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador los días 24, 25 y 26 de

derecho romano por su contenido “esencialmente” *iusprivatista*, ya no debería merecer mayor preocupación académica porque ahora resulta más importante para la academia crear asignaturas que permitan el conocimiento de los nuevos paradigmas constitucionales y así lograr la consolidación del “estado de derechos y justicia”;³ proceso que pasa por desterrar la interpretación civilista que por mucho tiempo se aplicó a la norma constitucional.

Por no concordar con este punto de vista que desconoce o minimiza el aporte del *ius publicum* romano, que ha servido como modelo de organización para las repúblicas contemporáneas instituciones políticas y sus valores sociales que en la etapa republicana dieron origen al establecimiento de límites al poder de los gobernantes, planteo, por un lado, una breve explicación sobre la presencia del civilismo en la interpretación constitucional latinoamericana para demostrar que no es producto de una perversidad ideológica o jurídica, ni de una conspiración internacional y, por otro, la necesidad de un republicanismo vivo, que practique la efectiva división e independencia de poderes, como condición indispensable para que se cumpla con la buena intención consagrada en los textos constitucionales latinoamericanos de vivir bajo la primacía de los principios, el goce de los derechos fundamentales y su tutela efectiva.

He prescindido intencionalmente de información y afirmaciones categóricas extraídas de textos de autores representativos tanto del derecho romano como del llamado neoconstitucionalismo, sino en lo estrictamente necesario, no solo porque se hallan reproducidas en una infinidad de estudios, sino por el enfoque histórico-sociológico que pretendo imprimir al tratamiento de este tema. Ante lo cual, he preferido recurrir más bien a fuentes actualizadas que informan sobre los resultados prácticos de las teorías con el fin de juzgar el funcionamiento de una sociedad, no por la literatura de sus textos constitucionales sino por los problemas que se resuelvan en la realidad.

Para el efecto, la presente ponencia se ha dividido en dos partes, en la primera haré un rápido recorrido explicativo para aclarar por qué en Latinoamérica las normas constituciones debieron ser interpretadas bajo preceptos propios del derecho civil, algo que si bien hoy resulta inconcebible, desde un punto de vista histórico no lo fue; mientras en la segunda, me referiré a la vigencia que mantienen la *Aequitas* y el republicanismo romano como valores que tienden a evitar la arbitrariedad del poder estatal cuando se concentre en una sola persona o partido y, por intereses políticos o de

febrero de 2015, en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2015/03/17/neoconstitucionalismo-negativo>.

³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 1.

otra naturaleza, a pretexto o en nombre de los derechos expida normas y resoluciones que más bien los termine vulnerando. Y finalmente, concluiré con algunas ideas respecto de lo expresado.

II. EL CIVILISMO COMO FORZOSO AUXILIAR EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

En efecto, si alguien me pregunta, cuál de las veinte constituciones que ha tenido el Ecuador desde 1830 hasta 2015 ha sido la que más logró enraizar prácticas políticas y jurídicas en la sociedad ecuatoriana, yo respondería sin ambages que esa “Constitución” se llama Código Civil. ¿Por qué? Porque las constituciones ecuatorianas han tenido un carácter muy efímero, provisional y coyuntural, elaboradas generalmente a conveniencia del poder político de turno.

Para sustentar esta afirmación, tomo como muestra lo que acontece con la actual Constitución, vigente desde octubre de 2008, creada a través de asamblea constituyente y aprobada mayoritariamente por el pueblo en referéndum, la cual finalmente no llegó a los 300 años de duración, según lo vaticinó el discurso oficial⁴, pues a poco de su entrada en vigencia, experimentó reformas⁵, historia que aún no concluye porque en un futuro cercano se espera que sufra enmiendas.⁶

La anterior Constitución ecuatoriana, la de 1998, duró menos de diez años; su reemplazo por la actual ni siquiera resultó dramático porque se le atribuyó ser la causa de todos los males del país,⁷ pese a que incorporó demandas directas de algunos grupos sociales como, por ejemplo, la declaratoria del Ecuador como país pluricultural⁸ por presión del movimiento

⁴ Así es como en varias ocasiones el presidente ecuatoriano, Rafael Correa, públicamente ponderaba el valor del contenido de la actual constitución vigente desde octubre de 2008, elaborada mediante Asamblea Constituyente y aprobada mayoritariamente mediante referéndum por el pueblo ecuatoriano, a la que por su alto nivel de garantismo, calificó como “una de las mejores de Latinoamérica y el mundo”.

⁵ La Constitución ecuatoriana experimentó reformas en 2011, también aprobadas en referéndum por el pueblo ecuatoriano; entre ellas cabe destacar las referidas al funcionamiento del sistema judicial, medio ambiente y regulación de los medios de comunicación.

⁶ Actualmente, en medio de la polémica el gobierno de Rafael Correa busca “enmendar” la Constitución para, entre algunos puntos, establecer la reelección presidencial indefinida.

⁷ Una de las debilidades que tuvo esta constitución fue su falta de legitimidad política ya que al no contar con el aval del pueblo mediante un referéndum aprobatorio; sus detractores la descalificaron indicando que fue hecha por las élites económicas.

⁸ Constitución de 1998, artículo 1.

indígena ecuatoriano que emergió como una de las fuerzas políticas más importantes del país, desde que efectuó un gran levantamiento en 1990, cuestionando, entre otras cosas, el carácter del Ecuador como país unitario.⁹

Mayor duración experimentó la constitución de 1978, que entró en vigencia a partir de agosto de 1979, que marcó el retorno del país al régimen constitucional, luego de nueve años de dictadura militar; siendo reformada en el año de 1983; a esta constitución se le culpó, entre otras cosas, de propiciar la ingobernabilidad por contener un excesivo sistema de contrapesos que devino en la pugna de poderes entre las funciones del Estado.¹⁰

Y así, podríamos seguir retrocediendo en el tiempo, donde solo verificaríamos el carácter meramente transitorio de las constituciones ecuatorianas, situación que contrasta con la estabilidad constitucional alcanzada por otros países latinoamericanos, como, por ejemplo, Colombia cuya penúltima Constitución estuvo vigente, con sesenta reformas de por medio, desde 1886 hasta 1990 o nuestro país anfitrión México, cuya Constitución Federal de 1917, está por cumplir la centuria y Argentina donde aún sigue vigente la Constitución Nacional de mayo de 1853, con sus respectivas reformas.

No obstante, en el continente hay casos bastante parecidos al ecuatoriano, pues solo considerando las constituciones expedidas durante el siglo XX, podemos advertir que la inestabilidad constitucional ha sido una constante, así, se puede mencionar que Chile registra dos constituciones; Paraguay tres; Perú cuatro; Bolivia tres; Brasil cuatro; Uruguay, siete; la República Bolivariana de Venezuela, trece.

En contraste, si hablamos de los códigos civiles, la historia es otra, por ejemplo, Argentina aún se rige por el código redactado por don Dalmasio Vélez Sarsfield, cuya vigencia data de 1869; Brasil por el de autoría del jurisconsulto Augusto Teixeira en 1859; Chile por el Código Andrés Bello de

⁹ En 1990, durante la presidencia de Rodrigo Borja Cevallos (1984-1988) y cercana la conmemoración de los 500 años del “descubrimiento de América”, la Confederación de Nacionalidades Indígenas CONAIE, organizada a mediados de los años 80, protagonizó un levantamiento indígena en la sierra y oriente ecuatoriano, demandando el reconocimiento del Ecuador como país plurinacional, la devolución de las “tierras ancestrales” y el reconocimiento de los derechos culturales; desde entonces, hasta 2004, en que varios de los líderes indígenas fueron cooptados por los sucesivos gobiernos, el movimiento indígena fue la fuerza social mejor organizada del país.

¹⁰ Desde el 10 de agosto de 1979, año en que el Ecuador retornó al régimen constitucional, tras 9 años de dictadura militar prácticamente todos los gobiernos entraron en pugna con el poder legislativo y aún con el poder judicial; como ejemplos sobre la marcha, se puede citar la famosa frase “gobernaremos desde la oposición”, pronunciada por un diputado opositor al gobierno del presidente Febres Cordero (1984-1988), y también que en una ocasión el propio Febres Cordero, ordenó cercar con tanques la sede de la Corte Suprema de Justicia para evitar la posesión de los magistrados designados por la mayoría opositora del Congreso Nacional.

1855, en todos los casos con las reformas de rigor; además, difícilmente encontraremos el caso de uno de nuestros países con más de dos códigos civiles.

Este fenómeno de transitoriedad constitucional que no se vivió en el ámbito civil parece ser producto de una mayor empatía entre las hipótesis contenidas en la norma civil y la realidad cotidiana de la población; en tanto el ciudadano concurre a sufragar cada determinado tiempo, todos los días hay nacimientos, muertes, matrimonios, divorcios, celebración de contratos, etc., hechos y actos de naturaleza civil.

Sin embargo, la efectividad alcanzada por la norma civil en los ordenamientos latinoamericanos no hubiese sido tal sin el respaldo de la técnica jurídica del *ius privatum romano*, desarrollada, perfeccionada e, incluso, involucrada por aproximadamente los trece siglos que duró esta civilización.¹¹

Históricamente hablando el derecho romano habría tenido “dos vidas”, una primera cuando tuvo directa vigencia en Roma y sus provincias (747 a.C.-310 d.C., en Occidente) y “una segunda vida”,¹² cuando luego de algunos siglos de la caída de Roma y su consecuente pérdida de vigencia en Europa occidental, reapareció sirviendo de sustento al derecho canónico y mereciendo la preocupación académica de algunas escuelas jurídicas que aparecieron sucesivamente a partir del siglo XIII, como la de los glosadores, post glosadores y pandectistas alemanes, para finalmente convertirse en derecho vigente con la aparición del primer Código Civil francés en 1804.¹³

En efecto, por su alto nivel de refinamiento técnico, combinado con una capacidad racional para predecir conductas humanas y regularlas a través de enunciados normativos de carácter general, aplicables a un sinnú-

¹¹ Por ello, es necesario aclarar que el derecho romano habiendo nacido aproximadamente en el año 747 a.C., no ha tenido una continuidad histórica ininterrumpida, desde aquel entonces hasta nuestros días, pues a partir del siglo IV perdió total vigencia en las que fueron provincias del imperio.

¹² Así se refiere Guillermo Margadant a la etapa histórica que siguió al redescubrimiento del derecho romano en Europa, ocurrido en el siglo XIII cuando el monje Irnerio, profesor de Retórica de la Universidad de Bolonia, preparó sus clases utilizando versiones fragmentarias del Digesto de Justiniano, escritas en latín vulgar, dando origen a la escuela de los Glosadores, que fue el punto de partida para la difusión y estudio sistemático del derecho romano en Europa durante los siglos posteriores. Guillermo F. Margadant, *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa-Librero Editor.

¹³ Podría creerse que el primer código civil francés de influencia romanista es el resultado de una imposición de Napoleón Bonaparte, pues aunque fué él quien ordenó su promulgación, no es menos cierto que los juristas de que lo elaboraron (Portalís, Tronchet, Maleville y Bigot de Préameneau) tenían perfecta conciencia del valor técnico del derecho romano así como de su alcance para ofrecer soluciones a problemas de aquel presente; el *imperio rationis* romano se presentó ideal para sustituir el viejo derecho irracional, donde la norma jurídica se confundía con la religión y hasta con la superstición.

mero de situaciones de hecho, el Código napoleónico causó verdadero furor en los círculos jurídicos europeos al punto que se habló de *civilizar* a las naciones del mundo a través de la adopción de dicho Código.¹⁴ En este punto, digno es mencionar la polémica que se entabló en Alemania entre los juristas Thibaut y Savigny acerca de la conveniencia o no de adoptar el código civil francés para los pueblos germanos; el primero sostenía que ello era necesario en aras de la unificación de dichos pueblos, el segundo, aunque destacó su valía, se opuso a su adopción argumentando que más importante era legislar penetrando en las raíces históricas de cada pueblo;¹⁵ a la final la coyuntura hizo que triunfara la tesis de Thibaut en tanto que Savigny llegó a ser calificado como reaccionario.¹⁶

Paralelamente, el constitucionalismo que iba de la mano con el republicanismo¹⁷ que ya había alcanzado a desarrollar suficiente doctrina respecto de la naturaleza y origen del poder político, luchaba fuertemente por efectivizar sus postulados en la organización de la estructura de los nuevos estados, pese a lo cual, en términos académicos y metodológicos, lo que hoy denominamos derecho constitucional no se estudiaba como asignatura autónoma en las universidades, pues su contenido era parte la teoría general del estado o del derecho político.¹⁸

¹⁴ El Código napoleónico, en términos filosóficos, se elaboró como expresión racional del *derecho natural* al cual los juristas de la época quisieron atribuirle una validez universal, descalificando las fuentes del derecho de origen no legislativo, como las costumbres de los pueblos; sobre la base de esta pretensión universalista nace en Francia por primera vez el término “legislación comparada” (erróneamente traducida al castellano como “derecho comparado”) cuyo estudio en siglo XIX, tenía como propósito la unificación legislativa del mundo. Rene David, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Aguilar, 1970.

¹⁵ Frente a la pretensión universalista del código napoleónico se levantó en Alemania Friederich Von Savigny, quien sostenía la inconveniencia de aplicar artificialmente un mismo cuerpo normativo a los pueblos germanos por los débiles vínculos nacionales que guardaban entre sí. Abogó por la recuperación del derecho antiguo de cada pueblo como punto de partida hacia la construcción progresiva de un ordenamiento jurídico nacional basado en instituciones aceptadas culturalmente por todos los pueblos. Friederich von Savigny, *De la Vocación de nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*, estudio preliminar sobre *El espíritu del Derecho Alemán* por el doctor Enrique De Gandía, Buenos Aires, Editorial Heliasta.

¹⁶ Por su apego en el rescate de las tradiciones de cada pueblo, Savigny fue tildado de reaccionario y sus tesis fueron ampliamente derrotadas por las de Thibaut, no obstante, dio origen a la escuela histórica del derecho, pues por primera vez se considera la necesidad de incorporar el conocimiento histórico al estudio y análisis del derecho como producto de factores sociales que presentes en determinada época modelaron la forma de ser de una sociedad.

¹⁷ Teoría política que defiende la República como modelo de gobierno a través de la división de poderes.

¹⁸ En aquellos tiempos, términos como derechos humanos, justicia constitucional, género, etc., no estaban siquiera en la imaginación de los juristas.

En este contexto, propio del siglo XIX, mientras el derecho constitucional se abría paso para alcanzar su autonomía como disciplina del conocimiento jurídico en los claustros universitarios, las luchas políticas arreciaban al interior de los nuevos estados, producto de lo cual, como quedó señalado, muchas de las constituciones fundacionales fueron cambiadas, cambios que prosiguieron durante el siglo XX, muchas veces, de la mano con los resultados que arrojaban las luchas sociales protagonizadas por los movimientos sociales organizados que aparecieron por influencia del marxismo leninismo, como de obreros, campesinos y mujeres.¹⁹

Un derecho constitucional en tránsito a convertirse en disciplina jurídica autónoma, al menos en Latinoamérica, casi no estaba en capacidad de responder desde su propia lógica y principios por los vacíos, lagunas y contradicciones de los textos constitucionales, llamados genéricamente “cartas políticas”, máxime si en el imaginario predominante de abogados y juristas, imperaba la idea de que la Constitución se ocupaba exclusivamente por resolver asuntos políticos, en tanto que lo vinculado al fuero privado de los ciudadanos, aunque en ciertos aspectos debía estar supeditado a la Constitución,²⁰ podía ser ampliamente resuelto por el código civil en el marco de la igualdad ante la ley.²¹

Por ello no es aventurado ni falso afirmar que el código civil, diseñado para otros fines, se haya convertido, en casi todos los países latinoamericanos, en la herramienta auxiliar que por excelencia sirvió para suplir todo aquello que le faltó a la constitución, principalmente, en materia de interpretación de la ley, tomando en cuenta que dentro de la estructura del código civil, un título preliminar que, entre otras cosas, contenía las reglas para la interpretación de sus propias normas, siempre antecedía a los diferentes libros que lo componían.²²

¹⁹ El triunfo de la revolución socialista de 1917 en la ex Unión Soviética significó la expansión a escala planetaria de la ideología marxista leninista basada en la lucha de clases; en América Latina los movimientos obreros y campesinos que abrazaron esa ideología dieron origen a la denominada *legislación social*, no susceptible metodológicamente de ser ubicada ni en el derecho privado ni en el derecho público.

²⁰ Eran realmente pocos, se puede mencionar, nacionalidad, domicilio, sufragio, requisitos para elegir y ser elegido, etc.

²¹ Todas las codificaciones elaboradas en América Latina a partir del siglo XIX, se basan en el principio liberal de la *igualdad de los ciudadanos ante la ley*, concepto que cuestiona activamente el Neoconstitucionalismo por considerarlo un simple formalismo, que poco tiene que ver con verdadera igualdad de carácter real o material.

²² Todos los códigos civiles latinoamericanos, independientemente de los libros que lo conformen, inician con un título preliminar en el cual constan las reglas de interpretación de la ley.

Pero ya en términos de técnica jurídica ¿qué características tuvieron las reglas sobre la interpretación de la ley establecidas en el código civil como para haber merecido su extensión hacia la interpretación constitucional?

Para entenderlo es pertinente realizar un breve recorrido histórico, empezando por anotar un hecho histórico, característico del siglo XIX, como fue el auge del positivismo científico que paralelamente generó el auge del positivismo jurídico el cual se cristalizó con el apareamiento en Francia de la denominada “escuela de la exégesis”²³ que estuvo en boga entre 1804 y 1890 y aportó en el desarrollo de diversas metodologías en procura del cabal entendimiento de las normas del código napoleónico y codificaciones posteriores; la exégesis como sabemos es, en términos generales, una técnica para interpretar textos legislativos de la manera más rigurosa, tan grande fue su alcance que su influencia se extendió hasta América Latina; Moisset de Espanés bien lo ejemplifica cuando da cuenta que en Argentina los primeros comentaristas del Código Vélez Sarsfield, como Segovia, Machado y Llerena, fueron exégetas²⁴ (Moisset de Espanés, 1992).

Esta escuela cuenta además con un mérito adicional y es que pese a que con posterioridad sus métodos se consideraron superados, sobre todo, a partir de la obra de Gény²⁵ y tal como afirma García Belúnde, la exegesis aún sigue siendo utilizada por prácticos, abogados y personas del mundo académico (García Belaúnde, 1994).

No obstante, la interpretación como fenómeno jurídico ya encontramos en culturas antiguas como la griega²⁶ y la romana; de hecho, los jurisconsultos romanos desde la temprana aparición de las XII Tablas de la Ley en el año 449 a.C.,²⁷ ya recurrieron a la técnica de la interpretación de los textos

²³ Más que una escuela en estricto sentido, fue una metodología académica que nació en Francia en el siglo XIX a raíz del auge Código Napoleónico cuyos seguidores propugnaban la interpretación de la norma jurídica a partir de la consideración exclusiva de su texto con la intención de traducir lo más fidedignamente la voluntad del legislador; por la importancia que tuvo la norma positiva en esta época se pensaba que la legislación equivalía al derecho así como el derecho equivalía a la legislación. Véase Luis Moisset de Espanés. “Reflexiones sobre la llamada Escuela de la Exégesis”, *Revista Jurídica y de Filosofía Social*, Rosario, vol.15, 1992, p 3.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Françoise Gény (1861-1959), profesor de la Universidad de Nancy en Francia, evidenció la insuficiencia de la interpretación exegética de la ley para entender el derecho civil; al ejercicio interpretativo incorporó categorías históricas y filosóficas. Véase Elena Sáez Arjona, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552010000100041.

²⁶ La palabra se deriva de la griega *hermeneuien*, en honor al dios griego Hermes, mensajero de los dioses, de la cual surgió la voz latina *interpretare* que se traduce como “interpretar”.

²⁷ Las XII Tablas de la Ley marcan el inicio formal del *ius scriptum* ya que hasta entonces el derecho se expresó la vía oral, el derecho escrito se consolidó cuando los magistrados repu-

normativos con el fin de aterrizarlos hacia la *iustitia*, fin supremo del derecho romano y, para el período del derecho clásico (27 a.C.-235) ya se practicaron dos técnicas: la *interpretatio iuris* (interpretación del texto de la ley) y la *interpretatio prudentim* (creación de nuevo derecho) las cuales, como refiere el profesor Raúl Soto Villafior, constituyen la doctrina de los juristas quienes formados también en la experticia gramatical creaban derecho del contenido legislativo que alcanzaban a comprender (Soto Villafior, 2003), añade el mismo autor, que el derecho romano es realmente un derecho de juristas quienes a través del ejercicio de sus competencias iban creando derecho (Soto Villafior, 2003). Un ejemplo muy explícito del valor que los romanos daban al tema de la interpretación jurídica lo encontramos en Ulpiano, Digesto 50,16,6,1 cuando dirá “La expresión ‘en virtud de las leyes’ ha de ser entendida así: tanto en la virtud de la sentencia como en las palabras de las leyes”; una visión integral de la interpretación nos proporciona la obra *Historia de la interpretación de las normas del derecho romano* de Guzmán Brito.²⁸

Será precisamente la técnica aplicada a la interpretación de los textos jurídicos, desarrollada por los juristas romanos a través de los siglos y re descubierta por los estudiosos posteriores la que reveló el alto grado de racionalidad, coherencia y unidad que permitió al derecho romano, sobre todo en la época clásica (27 a.C.-235 d.C.), funcionar como un verdadero sistema jurídico, como consecuencia de una tarea que en su momento resultó muy compleja para los jurisprudentes porque a medida que pasaba el tiempo, implicaba la paulatina integración de una cada vez más enorme como diversa cantidad de fuentes documentales del derecho, que iban desde el *ius non scriptum* o costumbre hasta las diferentes expresiones del *ius scriptum*, como ley comicial, edicto pretorio, senadoconsulto, rescripto, decreto, mandato, etc., que además se enriquecía con posturas filosóficas.

Sin embargo, es menester aclarar que los contextos jurídico-culturales en que se desarrolló la *interpretatio* romana y la interpretación exegética decimonónica con influencia romana, son diferentes; en el caso romano la interpretación del derecho tuvo un permanente componente de carácter moral y ético, producto de la *aequitas*²⁹ uno de los supremos valores que ins-

blicanos dentro de sus obligaciones junto al *agere, cavere, respondere e institutere*, tenían el *scribere* que consistía en dejar constancia escrita sobre aquello que decidían.

²⁸ Véase Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho Romano*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, 2000, 466 pp.

²⁹ Aunque literalmente se traduce como “igualdad”, los romanos la entendieron más allá de aquello, sobre todo, cuando la aplicaron para atenuar los efectos del principio *dura lex sed lex*, de los primeros tiempos, buscando que el derecho se adapte a la realidad del caso que se estaba juzgando para dar a cada uno lo suyo.

piró permanentemente la acción judicial y jurisprudencial, en tanto que la interpretación exegetica, debió operar en un marco más definido de organización del Poder del Estado, que al menos en términos ideales buscaba que el ejercicio de la autoridad se sometiera al imperio de la ley,³⁰ bajo la presunción de que la legislación es producto de la voluntad soberana del pueblo.³¹

Efectivamente, el derecho romano aunque inspiró con sus principios, aforismos y brocardos, la elaboración de muchas reglas para la interpretación de la ley, como los muy famosos *permissiur quod non prohibetur* “lo que no está prohibido está permitido”; o el *ad impossibilia nemo tenetur* “nadie está obligado a lo imposible”, como también el *utile per inutile non vitiatur* “lo que es válido en derecho no debe perjudicarse por lo que está viciado”, etc., no alcanzó a reconocer muchos de los derechos y principios reconocidos por el proceso de la revolución francesa que para el siglo XIX se plasmaron en normas constitucionales como, por ejemplo, la igualdad ante la ley.³²

Al respecto, justo es mencionar que en términos históricos la norma jurídica tenía características distintas a las actualmente atribuidas como: generalidad, obligatoriedad, coercibilidad, origen en autoridad competente, etc., que son producto del modelo republicano de Estado nacido a partir de la revolución francesa de 1789; por siglos la ley era más bien una simple guía, referente o paradigma que orientaba la conducta hacia lo que idealmente debían hacer los juzgadores y exigir los justiciables, lo que a su vez determinaba que el tema de la interpretación normativa no sea tan urgente e imperativo como sí lo fue para el siglo XIX cuando los códigos, que dejaron de ser las simples recopilaciones de antaño, debían cumplir objetivos prácticos y concretos para consolidar el estado liberal que se pretendía implantar, entre los que podemos mencionar dos muy importantes: garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos y dotar de la máxima publicidad a lo que estaba mandado, prohibido o permitido por el ordenamiento, todo ello, partiendo de la máxima claridad que debía ostentar el texto de la ley.

Empero, esta diferencia de contextos históricos en de los que operaron la *interpretatio* romana y la interpretación de la codificación decimonónica,

³⁰ No debe confundirse con el concepto de *Estado de derechos*, en cual no necesariamente impera lo que diga la ley sino los derechos a pesar de lo que pueda decir la ley, pues se basa en el principio *pro omni*.

³¹ Código Civil ecuatoriano, artículo 1.

³² En Roma la igualdad ante la ley se entendió de manera restringida, pues solo se reconocía a quienes gozaban del *status civitatis*, es decir, a los ciudadanos romanos, excluyendo a extranjeros, peregrinos y esclavos; además de que en muchos aspectos tutelaba la desigualdad social como cuando prohibía los matrimonios entre patricios y plebeyos o cuando prohibía el acceso de estos últimos al desempeño de cargos públicos.

no fue óbice para que en provecho del propio orden jurídico, las técnicas romanas sobre la interpretación de la norma hayan sido incorporadas en el código civil y con carácter de obligatorio cumplimiento para el juez; de este modo se puede citar los casos de interpretación literal de la ley cuando su sentido “es claro”; o la contextual cuando se deba armonizar el sentido de las partes que la conforman; o la recurrencia a la equidad cuando existan pasajes oscuros o contradictorios en el texto de la ley y, la recurrencia a los principios o a la analogía cuando no exista una norma que expresamente sirva para regular una situación de hecho.³³

Por el incipiente interés que despertaban los temas constitucionales, la interpretación en materia civil resultaba más que suficiente para resolver en forma análoga y extensiva la poca controversia que se generaba desde los textos constitucionales y desde el derecho público en su conjunto, lo cual paralelamente determinó que el aporte del derecho romano público también pase a un segundo plano, situación que hasta la fecha tiene repercusiones en el imaginario jurídico latinoamericano que asocia inconscientemente el derecho romano con el derecho civil.

La interpretación constitucional realmente toma impulso hacia la segunda mitad del siglo XX, concretamente, a partir de la segunda guerra mundial, por el cambio de paradigmas que desencadenó en las décadas subsiguientes, la reflexión jurídica apuntó hacia el reconocimiento de derechos sociales y colectivos que no habían sido muy tomados en cuenta; ello explica el auge de los derechos humanos y su necesidad de tutela efectiva, el cuestionamiento al nacionalismo basado en el modelo estado nación frente a la emergencia de grupos étnicos y culturales que demandan reconocimientos particulares al interior de sus países, además del surgimiento de los temas de género, derechos específicos de determinados grupos sociales, que dieron lugar a la creación de tribunales especializados en materia constitucional.

Este escenario tuvo repercusiones directas en América Latina, motivando la aparición de abundante bibliografía en materia constitucional que cuenta con importantes autores clásicos como: Merino Brito, Linares Quintana, Luis SÁCHICA, Bidardt Campos, Santiago Nino, Néstor Sagüez, Rubio Llorente, por citar algunos.

Hoy cuando el derecho constitucional ha desarrollado su propia doctrina, jurisprudencia, metodología, sistematización, etc., y la Constitución ha dejado de ser la simple carta política de tiempos pretéritos, para convertirse en un

³³ Código Civil ecuatoriano, artículo 18.

cuerpo normativo con pretensión de aplicarse como norma directa,³⁴ resulta técnicamente impropio recurrir a las reglas civiles de interpretación de la ley, no sólo por un asunto de jerarquía, sino también por un principio de especialidad desarrollado por hace siglos derecho romano, cual es la prevalencia del *ius sigulare* sobre el *ius generale*, máxime, si muchas instituciones que tradicionalmente fueron reguladas en el ámbito civil se han terminado constitucionando, como aquellas relativas a las personas y a la familia.

III. EL REPUBLICANISMO Y *AEQUITAS* ROMANA EN EL PARADIGMA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO Y LATINOAMERICANO

Empiezo por aclarar que la falta de espacio y tiempo, impide desarrollar con mayor detalle el significado del aporte de la equidad romana en la valoración del texto constitucional a la hora de ser aplicado a casos reales, no obstante, sí creo alcanzar a proporcionar algunas claves para el entendimiento y comprensión de los aportes que tanto el *Ius publicum* como la *Aequitas* ofrecen al ejercicio interpretativo de la Constitución que hoy en el Ecuador y América Latina tiene como paradigma el Neo constitucionalismo que coloca a *los derechos* por sobre *el derecho*, especialmente, a la hora de evitar que a pretexto de la aplicación de los derechos, el ciudadano más bien termine convertido en una víctima de la arbitrariedad del poder estatal en aquellos regímenes donde la división de poderes resulte meramente formal y no se exprese en forma real o material.

Una primera pregunta inicial que formulo a mis estudiantes de derecho romano, es dónde creen encontrar la herencia del derecho romano de la que tanto se habla en nuestro ordenamiento y prácticamente al unísono escucho: “*somos romanistas porque Roma nos dejó como legado sus instituciones*” y ante una segunda pregunta que interroga sobre en qué área del derecho creen encontrar dicha herencia, recibo como respuesta “*en el derecho privado*”.

Estas respuestas aunque tienen parte de verdad, no corresponden a la realidad; en el primer caso porque instituciones como la persona, la familia,

³⁴ El profesor Julio César Trujillo lo explica en los siguientes términos: “(...) que son de aplicación inmediata significa que de ellas (las normas constitucionales) se derivan derechos y obligaciones para sus destinatarios e inmediata quiere decir que no es necesaria la mediación de una ley que las desarrolle para que una persona demande el respeto a los derechos y garantías que le corresponden o la reparación de los perjuicios causados por su violación (...)”. Véase Trujillo, Julio César, “La Fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual”, *FORO. Revista de Derecho*, núm. 3, Universidad Andina Simón Bolívar /CEN, Quito, 2004, p. 90.

la propiedad, el testamento, el contrato, por citar algunas, han estado presentes no sólo en Roma sino en sociedades mucho más antiguas, como la egipcia, griega o babilónica, así como también en culturas que no tuvieron ninguna relación temporal ni espacial con Roma, como aquellas civilizaciones que habitaron la América pre hispánica (Azteca, Maya, Chibcha o Inca) y en el segundo caso, porque en trece siglos de vida como sociedad política, Roma no solo practicó el derecho privado, sino que habiendo experimentado varios modelos de organización social, creó, modificó y extinguió múltiples instituciones vinculadas al derecho público, muchas de las cuales tuvieron características tan peculiares que no se las encuentra en sociedades más antiguas, ni en las que fueron sus contemporáneas ni aún en las que le precedieron en Europa hasta antes de la revolución francesa.

Siendo esto lo evidente cabe preguntarse ¿y entonces dónde de los ecuatorianos y latinoamericanos podríamos rastrear nuestra herencia romanista? pues a despecho de lo que se pueda suponer, creo que Roma nos dejó como legado, por un lado, su técnica jurídica,³⁵ que abarca una muy amplia y estructurada serie de razonamientos como: el establecimiento y manejo de las fuentes de derecho, jerarquización normativa, creación de ficciones y presunciones, construcción de conceptos, diseño de fórmulas procesales, establecimiento de excepciones en la aplicación de la ley, división temática del derecho, publicidad del derecho, forma de creación de la norma, etc., y, por otro lado, el modo de ejercer la interpretación normativa que siempre consideró la realidad de cada caso en particular y combinarla con los valores que imperaron en cada momento histórico que vivió esta sociedad.

Cabe anotar que esos razonamientos siempre acompañados de las valoraciones sociales de cada época, se aplicaron tanto a nivel de derecho privado como de derecho público, de lo cual se infiere, que constituyen bases tanto respecto a lo que hoy llamamos materia civil como a lo denominamos derecho constitucional. En términos de técnica jurídica y de razonamiento casuístico, el ascendiente romanista no ha perdido vigencia, siendo susceptible de ser tomado en cuenta, sea desde la perspectiva del constitucionalismo clásico en cuanto al diseño institucional o desde la visión neoconstitucionalista, corriente de pensamiento abanderada por autores como Luigi Ferrajoli, Mi-

³⁵ Sobre técnica jurídica no hay un concepto unívoco, pero el más difundido suele ser el que propone el maestro mexicano García Máynez desde una visión estrictamente positivista y formalista del derecho “ (...) *el arte de la interpretación y aplicación del derecho vigente (...)*”. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 53^a ed. y reimpr., México, Porrúa, 2002. No obstante, me atrevo a decir que técnica jurídica es el conjunto de instrumentos, mecanismos y estructuras que se emplea desde la dimensión jurídica humana para lograr que el derecho en sus diferentes manifestaciones refleje la justicia.

guel Carbonell y Ricardo Guastini, además de los pertenecientes a la Escuela de Génova,³⁶ que tanta influencia ejerce en la academia latinoamericana.

Aunque las teorías neo constitucionalistas no son homogéneas, se caracterizan en común por plantear que mediante el activismo e intervención estatal se debe construir la igualdad material de la sociedad en aplicación directa de los derechos humanos, objetivo que pasa paralelamente por la transformación de la concepción de *estado de derecho* en *estado de derechos*, dentro del cual la norma constitucional actúa como rectora directa de las relaciones sociales públicas y privadas, ello, ante el colapso de la capacidad regulatoria de la ley³⁷ y porque el carácter puramente nominalista de las constituciones liberales clásicas no respondió a las necesidades, sociales, políticas y económicas de cada época.³⁸

Esta teoría originada en la Europa de la posguerra, que entre los años ochenta del siglo pasado alcanzó el abrazo intelectual de los círculos académicos de América Latina, halla su paralelismo y complemento en los aportes del denominado *Realismo Jurídico*, corriente filosófica nacida a inicios del siglo XX a partir del análisis crítico de la jurisprudencia anglosajona y escandinava, entre cuyos exponentes se puede mencionar a Oliver Wendell Holmes, H.L.A Hart, Ronald Dworkin o Alf Ross, que no tomando parte ni por el *ius naturalismo* ni por el *ius positivismo*, tiene su propia interpretación del fenómeno jurídico al afirmar que el derecho “es un conjunto de expectativas racionales acerca de lo que los jueces harán en la realidad”,³⁹ lo que en otros términos significa que no será importante lo que diga la norma escrita en los códigos mientras realidad contradice lo que ésta predica.

Esta visión se explica por el carácter jurisprudencial del sistema del *Common Law*, cuyo derecho es de origen judicial en el cual el juez no opera necesariamente como exégeta o hermeneuta del texto legal ni tampoco como “boca del legislador”, tal como ha venido ocurriendo en los sistemas legislativos, sino que al administrar justicia también va creando derecho porque al elaborar su sentencia, a parte de confrontar los hechos con la

³⁶ Se hace referencia a los juristas de la universidad del mismo nombre que han estructurado parte del pensamiento de esta corriente; incluso, se atribuye a la profesora Sussanna Pozzolo la utilización por vez primera del término *neo constitucionalismo*.

³⁷ Alex Valle, refiriéndose a Ferrajoli en “El Neo Constitucionalismo en Latinoamérica”, en http://www.criticaconstitucional.com/el-neoconstitucionalismo-en-latinoamerica/#_edn8.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Esta forma de entender el derecho quedó plasmada en una conferencia titulada “La senda del Derecho”, pronunciada el 8 de enero de 1897 en la Universidad de Boston pronunciada por Oliver Wendell Holmes, Juez Supremo del Estado de Massachusetts, en <https://monsieurdevillefort.wordpress.com/2012/03/25/oliver-wendell-holmes-jr-y-la-senda-del-derecho/>

norma e integrarlas con las fuentes que sean pertinentes para decidir caso, no puede prescindir de lo que está ligado culturalmente a su propia personalidad como su formación intelectual, académica; sus valores morales, religiosos, ideológicos, prejuicios, costumbres, etc., que determinando su convicción acerca de lo bueno y de lo malo,⁴⁰ influyen a la hora de tomar una decisión en derecho, operación en la que también se combinan los diversos factores sociales que determinan el carácter y la naturaleza de los problemas que conoce en el momento histórico en que actúa.

Por ello, se puede afirmar que para el *realismo jurídico*, resulta difícil definir al derecho como un conjunto de normas emanadas de autoridad competente, porque más parece otorgar mayor importancia a la indagación sobre la real efectividad y eficacia que genera el ordenamiento en la sociedad pues, sobre esa base, somete a medición o valoración constante el grado de aplicación que los jueces hacen de las leyes, así como también, pondera permanentemente si la norma, finalmente, cumple o no el objetivo para el cual fue creada, tarea que necesariamente pasa por el examen integral del funcionamiento del aparato judicial.

Para cumplir con este empeño, el derecho no puede ser estudiado ni analizado aisladamente del contexto social donde se desarrolla; explicar el fenómeno jurídico solo a través de sus fuentes formales: ley, jurisprudencia, doctrina y costumbre, resulta insuficiente porque las normas contenidas en los códigos y lo que de ellas se predica en las obras de derecho, al ser meros enunciados gramaticales, nada revelan acerca de los resultados reales de su aplicación respecto de lo que se garantiza en la Constitución. Por tal motivo y concibiendo al derecho como un resultado de factores sociales para esta corriente de pensamiento el análisis de la efectividad y eficacia del derecho pasa por el necesario auxilio de las Ciencias Sociales como la sociología, historia, antropología⁴¹ o lingüística⁴² que, habiendo alcanzado alta relevancia para el análisis y comprensión de los problemas sociales, principalmente, desde inicios del siglo XX, sus aportes han sido bastante significativos a

⁴⁰ No en vano la palabra *sentencia*, que se deriva de la voz latina *sententia*, significa “sentir”.

⁴¹ Constitución ecuatoriana, artículo 1 reconoce el carácter plurinacional de su población, contenido que constituye un claro aporte de la reflexión antropológica.

⁴² La constitución ecuatoriana está redactada en un supuesto *lenguaje de género*; todos los sustantivos y adjetivos tengan o no su correspondiente femenino según la preceptiva del idioma castellano, han alcanzado su “equivalente” femenino, como cuando en vez de decir la presidente se dice “la presidenta”, o en lugar de decir la juez, dice “la jueza”; esto tendría su explicación porque de acuerdo a la lingüística las normas al ser lenguaje contienen palabras que no significan nada por sí mismas, sino que reciben un significado nacido de la convención social, el cual no necesariamente es neutral ya que puede contener descargas ideológicas.

nivel jurídico, sobre todo, a la hora de confirmar “ciertas verdades” contenidas en los textos legales como, por ejemplo, la *igualdad ante la ley*, piedra angular del constitucionalismo clásico que, además, es el presupuesto esencial del derecho privado que, desde un análisis sociológico, puede resultar un enunciado vacío e inconsecuente si se demuestra que la mayoría de la población, sea por razones económicas, geográficas, culturales u otras vinculadas con algún tipo de vulnerabilidad especial, está privada de la posibilidad real de acceder ante los jueces y tribunales en demanda de justicia.

Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo y su preocupación por la consecución de la *justicia material* no aparece tan original como podría imaginarse y menos aún si se toma en cuenta que los conflictos en materia de Derechos Humanos que llegan a conocimiento de las cortes internacionales se procesan a través el empleo de técnicas propias del *Common Law*.⁴³ Sin embargo, es justo reconocer que el neo constitucionalismo latinoamericano ha sido adaptado a las realidades particulares de los diferentes estados. Así, se puede mencionar que en países quince países latinoamericanos, entre los que se puede mencionar Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, la reivindicación de los pueblos indígenas goza de reconocimiento constitucional expreso,⁴⁴ y se halla respaldada en múltiples garantías; igualmente, otra particularidad podemos encontrar en el reconocimiento de la naturaleza como *sujeto de derechos*,⁴⁵ donde Bolivia aparece como el primer país en legalizar los derechos de la naturaleza, o los procesos de consulta popular tendientes a legitimar la norma constitucional, como los efectuados en Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

Ahora bien, si se trata de establecer la vigencia del *ius publicum* romano en cuanto a las instituciones políticas que creó y a sus concepciones sobre

⁴³ Los conflictos en materia constitucional que, en casi todos los países, son procesados por jueces especializados, se presentan de manera casuística y se resuelven bajo un esquema de precedentes.

⁴⁴ Aguilar, Gonzalo, La Fosse, Sandra, Rojas, Hugo y Steward, Rebecca, “Análisis Comparado del Reconocimiento Constitucional del Derecho de los Pueblos Indígenas en América Latina”, SSRN Conflict Preventum Peace Forum, en http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%CC%81rica_Latina%20Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf.

⁴⁵ Constitución ecuatoriana, artículo 10; esta disposición contiene una gran descarga ideológica, producto del activismo de grupos ambientalistas; no obstante, es necesario mencionar que en términos académicos las reflexiones sistematizadas sobre los derechos de la naturaleza no provienen de América Latina, pese a que muchos estudios aluden a información proporcionada por integrantes de *grupos ancestrales* ubicados en el territorio de los respectivos países. Uno de los emblemas de estas políticas que repercutió a escala mundial es la Environmental Policy Act, aprobada en 1970 por el Congreso de los Estados Unidos porque sirvió de inspiración a la legislación ambiental de muchos países del mundo.

las relaciones de poder entre el ciudadano y el Estado que serían válidas a la hora de dimensionar la interpretación constitucional en el escenario del nuevo constitucionalismo ecuatoriano y latinoamericano, habrá que tomar en cuenta algunas características filosófico jurídicas presentes en sus instituciones del derecho público, situadas principalmente durante la etapa republicana (449 a.C.-27 a.C.), sin que ello signifique descartar el valor que tuvieron algunas que existieron en etapas anteriores, como es el caso de los comicios curiados, centuriados o por tribus que funcionaron dentro del período monárquico u otras como la práctica de la división de poderes entre el príncipe y el senado que sobrevivió aún después de más de un siglo posterior a la caída de la república.

En un contexto filosófico jurídico, me atrevo a sostener que la relación entre el estado romano republicano y los ciudadanos o *cives* se sustentó básicamente en los siguientes ejes: la división de poderes,⁴⁶ la soberanía del *populus*,⁴⁷ y en la existencia de mecanismos para que el ciudadano se defendiera del poder.⁴⁸

Por este motivo, se puede afirmar que el modelo republicano romano tuvo como gran justificativo moral contener la ambición humana por el poder, pues sobre esta base conservó y creó normas que limitaron el ejercicio del poder. Cito como ejemplo, algo que todos sabemos: las magistraturas (cónsul, pretor, censor, questor, edil de curul) cuyos titulares eran funcionarios que aparte de manejar fondos públicos y administrar justicia en el

⁴⁶ Los autores romanistas coinciden en que el término república proviene del latín *res publica*, que puede traducirse como “*las cosas que pertenecen a todos*”. El modelo romano republicano que nació en contraposición al modelo monárquico en el que el *Rex* ejercía un poder unipersonal sin ninguna limitación, se caracterizó por dividir el ejercicio del poder público en dos funciones; una encargada de manejar los fondos públicos y administrar justicia (las magistraturas) y otra de elaborar normas (el senado). Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Sistemas Neorromanistas (De los orígenes a la Alta Edad Media)*, México, UNAM, 1996.

⁴⁷ En la medida que las luchas entre patricios y plebeyos, escenificadas durante la República, significaron conquistas de estos últimos en la ocupación de espacios de poder, la opinión del pueblo se convirtió en un instrumento para la constante dirimencia de asuntos de interés público, prueba de ello es el *plebis scitum* (plebiscito) que habiendo nacido como mecanismo exclusivo de consulta al interior de las asambleas plebeyas, con el tiempo se transformó en instrumento de consulta para toda Roma. *Idem*.

⁴⁸ El *interdicta de homini libero* romano se considera un antecedente remoto del *habeas corpus*. Se presentaba cuando un ciudadano libre era retenido dolosamente e injustificadamente por otro, en cuyo caso el agresor lo debía presentar ante el *pretor*. Herrerías Tellería, Armando, “Orígenes Externos del Recurso de Amparo”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/19/dtr/dtr2.pdf>.

ámbito de sus competencias, realizaban una previa carrera de honores, duraban solo un año, ejercían su cargo junto a un colega, eran electivas, sus titulares rendían cuentas y no podían reelegirse en forma inmediata; igualmente existía el Senado que en la República elaboraba normas (senadoconsultos), dirigía la política internacional, pero también fiscalizaba los actos de las autoridades. Y por qué no mencionar la existencia de otras instituciones como la del tribunado de la plebe cuyo titular aunque no tenía voto sí tenía voz en el órgano senatorial en defensa de los intereses de la plebe; o la *immunitas* (inmunidad) que permitía al tribuno decir su verdad sin temor a represalias; el plebiscito que mediante votación permitía al pueblo decidir sobre asuntos de interés público; la *intersessio*,⁴⁹ que operaba en forma muy parecida a las actuales acciones de protección; las asambleas populares que eran espacios de debate público; marco dentro del cual cabe agregar la noción de requisitos de validez de la *lex* que se remitía al cumplimiento de un procedimiento legalmente establecido.⁵⁰

Sin embargo, también cabe admitir que ante situaciones que en su momento se consideraron urgentes para la supervivencia estatal romana, el sistema también estableció la suspensión temporal de las garantías ciudadanas a través de la figura del *estado de excepción*, institución presente en las constituciones contemporáneas, que constituye una verdadera paradoja jurídica porque significa que por vía legal la autoridad recurre a la violación o restricción de los derechos con el objetivo de salvarlos,⁵¹ pero aun así tenía vigencia transitoria, operaba sobre asuntos muy puntuales y la autoridad lo debía justificar ante los ciudadanos.

Adicionalmente, se debe considerar que el sistema republicano funcionó paralelamente sobre la base de un valor fundamental: la *Aequitas* o equidad que no se redujo a un postulado abstracto, sino que fue una verdadera práctica judicial a través de la cual se adecuó el contenido de la norma jurídica a la realidad de los casos en particular, operando en este sentido, en forma muy semejante al sistema jurisprudencial propio del *Common Law*

⁴⁹ Derecho de veto que tenía un magistrado republicano respecto de una decisión de otro magistrado de la misma jerarquía. Véase Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ El profesor argentino O. Darío Heffes cita un aforismo atribuido a Marco Tulio Cicerón: “*Ollis salus populi suprema lex esto*” (el bienestar del pueblo es la suprema ley) con el que se justificó el estado de excepción. Omar Darío Heffes, “*Salus populi*: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad”, p. 67, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/salus-populi-estado-de-excepcion-o-razon-de-estado-en-la-salvacion-de-la-comunidad.pdf>.

y guardando cierto paralelismo con el postulado neo constitucionalista de aplicar los derechos por sobre lo que dice el texto de la ley.

La *Aequitas* desde un punto de vista ideológico está más cercana a la concepción de justicia que a la de simple igualdad, que en los actuales términos, estaría más próxima a una igualdad real que a una igualdad meramente formal, pues el contenido de la equidad romana no era inmutable ni se aplicaba *in strictum ius*, sino que iba adquiriendo contenido según se transformaban los valores y la conciencia social romana, ello explica por qué el modelo republicano estuvo vigente por medio milenio; bien se puede decir que la gran mayoría de constituciones vigentes de los países latinoamericanos contienen abundantes preceptos, instituciones y prácticas que expresan una tendencia hacia la equidad, aunque en algunos casos tal equidad sea entendida en los términos de las ideologías socialistas.

En efecto, países como Bolivia, Ecuador o Venezuela, cuyos gobiernos reivindican un modelo político al que sus gobiernos llaman *socialismo del siglo XXI*, por influencia de las teorías neoconstitucionalistas, han desarrollado extensos textos constitucionales que hallarían su justificativo en la exigibilidad directa de los derechos los cuales deben constar ampliamente catalogados y funcionar, además, dentro de un contexto institucional que además contemple un riguroso control constitucional por parte de órganos especializados, la constante ejecución de políticas públicas a cargo del Estado, con el fin de asegurar los fines proclamados en la Constitución. Refiriéndome a mi país, el Ecuador, cito como ejemplo, el “*buen vivir*”,⁵² o la implementación de “*acciones afirmativas*”⁵³ y, en el plano de la técnica jurídica, el empleo de mecanismos de subsunción y de ponderación de derechos a casos concretos y el otorgamiento a los jueces, la calidad de operadores constitucionales, independiente de la competencia que tengan en relación a la materia.

Empero, todo esto que desde una perspectiva vinculada a la justicia social, a los derechos humanos y a los ideales democráticos puede merecer aplausos, corre el riesgo quedar en mero enunciado ante una realidad económica o política que condicione o impida el ejercicio de los derechos y su

⁵² Constitución ecuatoriana. Preámbulo. Es un término que proviene de las voces “*sumak kawsay*” que tiene equivalente en culturas andinas ancestrales como la quechua y aymara, también presente en la constitución boliviana. Según el “Plan Nacional del Buen Vivir (2009-2013)” es “La satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y de todas (*sic*), en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas (...).”

⁵³ Trato ventajoso o preferencial que reciben personas o grupos sociales pertenecientes a sectores históricamente excluidos o a grupos vulnerables para facilitarles el acceso, goce o disfrute de derechos que por su condición desventajosa no alcanzarían.

tutela, constantes en el extenso catálogo, ya que éstos no se volverán efectivos sólo porque la supremacía constitucional así lo disponga ni así consten acciones que amparen, protejan y reparen su vulneración.

Precisamente, uno de los vacíos que se nota en la reflexión jurídica de los legisladores constituyentes de los mencionados países que abanderaron el Neoconstitucionalismo es que, al parecer, no analizaron los costos económicos que suponen los derechos, pues aun cuando se trate de derechos fundamentales e intangibles y no necesariamente de reparaciones o indemnizaciones como las que se presentan en el derecho privado, un Estado garantista, a mayor cantidad de derechos constitucionales reconocidos, mayor presupuesto deberá destinar a su efectivo ejercicio, simplemente porque ya en la realidad, esto pasa por el mantenimiento del aparato burocrático, el levantamiento de infraestructura para implementar las políticas públicas, etc. Las constituciones ecuatoriana y venezolana, por ejemplo, entraron en vigencia en un momento coyuntural económicamente muy favorable a sus gobiernos: un precio internacional por barril de petróleo que sobrepasó los cien dólares, producto de lo cual generó en gobernantes y gobernados la sensación de la posibilidad de implementar la tan ansiada justicia material. Pero ahora que no abundan los recursos, el problema es responder qué va a pasar con el ejercicio efectivo de los derechos con rango constitucional de niños, adolescentes, discapacitados, privados de la libertad, mujeres embarazadas, víctimas de violencia intrafamiliar, adultos mayores, jubilados, etc., situación que puede plantear como tema de fondo debatir si en atención a una cambiante situación económica del fisco, todos los derechos deben tener o no rango constitucional.

Y otro vacío, sobre el que poco aluden los partidarios de las tesis neoconstitucionalistas, es el relacionado con la verdadera independencia entre las funciones del Estado como requisito indispensable para que el “garantismo” se practique en favor de todos los ciudadanos y no favorezca solamente a quienes controlan el Estado o a sus allegados. Tampoco han dado respuestas concretas respecto a una potencial restricción del ejercicio de los derechos como el de participación ciudadana, en aquellos casos en que un gobernante aspire a ser reelecto indefinidamente, a pretexto de sentirse apoyado en una voluntad popular sea real o supuesta; o si el *poder*, a pretexto de “garantizar o democratizar” derechos como el de comunicación, crea leyes e instituciones para perseguir a los medios y líderes de opinión independientes o a los que son de oposición. Se pueden sumar más interrogantes pero, más que eso, se hace necesario dejar testimonio que los estudios de los autores neoconstitucionalistas ecuatorianos dicen mucho con relación a la solución de los problemas de “igualdad material” y acceso social (educación,

cultura, agua, ambiente sano, vivienda digna, recursos naturales, etc.), pero poco sobre el valor de la independencia de poderes como garantía para el real ejercicio de las libertades.

Quizá, en otros países latinoamericanos, pudiera no existir problemas tan inquietantes respecto de la falta de independencia entre los poderes del Estado; en este espacio no resulta pertinente hacer un examen caso por caso, pero como muestra sí se puede aludir a la decisión del Tribunal Constitucional de Colombia cuando en 2010 negó al presidente en funciones, Álvaro Uribe Vélez, la posibilidad de presentarse como candidato a la presidencia por un tercer período consecutivo o, a la labor de la justicia brasilera que se halla investigando y denunciando casos de corrupción cometidos por funcionarios del gobierno de Dilma Ruseff, o la que cumple la justicia chilena con relación a un episodio que involucra a un pariente cercano de la presidenta Bachelett.

En el Ecuador el tema de la real división e independencia de poderes sí merece atención; excluyendo episodios importantes vinculados a la independencia de la función judicial, me permito poner en su conocimiento los datos que arrojó un estudio estadístico realizado respecto de la orientación del interés de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, referentes a demandas de inconstitucionalidad presentadas contra leyes y otros actos normativos emanados por el Poder Ejecutivo, entre 2008 y 2014, de las cuales se ha rechazado un 88%, advirtiendo que el 12% de las acogidas se refieren a asuntos de poca relevancia o sobre normas antiguas;⁵⁴ que de 36 decretos de emergencia emitidos por el presidente de la República, que por ley requieren el dictamen favorable de la Corte Constitucional, el 100% alcanzó el tal dictamen favorable⁵⁵ y que, de 379 sentencias dictadas entre 2009 y 2012 por acciones extraordinarias de protección un 74% favorecieron a las instituciones del Estado.⁵⁶ Esto que podría considerarse resultado de una labor estrictamente judicial tiene lugar en un escenario donde se denuncia la cooptación de todas las funciones del Estado, incluyendo el órgano de control constitucional, por parte del Poder Ejecutivo,⁵⁷ explica la gran polémica que se desató en el Ecuador entre académicos y defensores de derechos humanos por la designación, en junio de 2015 de su presidente,

⁵⁴ Miranda Burgos, Marcos José, “Balance Constitucional II”, artículo de opinión publicado en *Diario el Universo* de 23 de junio de 2015, en <http://www.eluniverso.com/opinion/2015/06/23/nota/4979917/balance-constitucional-ii>

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ La Constitución ecuatoriana consagra la división de cinco poderes del Estado; a los clásicos tres poderes de Montesquieu, añadió el Poder Electoral y el Poder Ciudadano y de Control Social, cuyos actuales son allegados políticos al del presidente de la República.

Patricio Pazmiño, como miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).⁵⁸

Comparada con sus pares iberoamericanas la Corte ecuatoriana es una de la que más poder tiene en materia de control de la constitucionalidad, afirma Rafael Oyarte y añade que no solo puede declarar la inconstitucionalidad cuando se dictan actos contrarios a la Constitución, sino también por omisión, esto es obligando a un órgano a dictarlas cuando la Carta Primera así lo dispone.⁵⁹

Esta ponencia no tiene por objeto realizar ataque político a gobierno alguno pero, en base a ciertos hechos, sí pretende generar reflexión en académicos, estudiantes u otros interesados ecuatorianos y latinoamericanos que se adhieren al neconstitucionalismo, respecto al valor práctico que tiene el ahora tan despreciado modelo republicano que Montesquieu postuló teniendo a Roma como ejemplo, ya que a través de una real división e independencia de poderes se contemplan límites reales al ejercicio del poder político en beneficio de las propias garantías ciudadanas que tanto defienden; más aún, en momentos en que hasta se pretende legitimar la concentración del poder no solo por el antecedente electoral sino por la implementación de la *democracia autoritaria*,⁶⁰ ¿por qué no hacerlo si el término democracia tiene al menos unos 600 significados y el término “autoritarismo” es equívoco?⁶¹

La República romana después de casi 500 años de existencia pereció, precisamente, desde que los tribunos militares con potestad consular, también denominados dictadores, que funcionaron en calidad de magistrados extraordinarios y a quienes se otorgaba plenos poderes transitorios para afrontar una grave amenaza que ponía en peligro la seguridad de Roma

⁵⁸ A Pazmiño que preside la Corte Constitucional ecuatoriana desde 2007, se le mira por la opinión pública como una persona clave a la hora de legitimar acciones políticas del presidente Rafael Correa como aquella de declarar de “interés nacional” la extracción petrolera del Parque Nacional Yasuní, que el gobierno juró que jamás explotaría en honor a los derechos de la naturaleza y el derecho a la vida de los ecuatorianos, consagrados en la Constitución.

⁵⁹ Rafael Oyarte, “¿Sirve la renovación de la Corte Constitucional?”, en *Diario el Universo* de 27 de junio de 2015. En <http://www.eluniverso.com/opinion/2015/06/27/nota/4986405/sirve-renovacion-corte-constitucional>.

⁶⁰ Carl Schmitt, filósofo jurídico alemán (1888-1985), miembro del Partido Nacional Socialista Obrero Alemán ha seducido a muchos intelectuales por haber postulado que “la dictadura es la mejor forma de democracia”, que ha servido de insumo a ciertos intelectuales latinoamericanos que una dictadura puede ser antiliberal pero democrática. Prats Eduardo Jorge, “La Democracia Autoritaria”, en <http://hoy.com.do/la-democracia-autoritaria/>.

⁶¹ Véase Collier David y Levitsky Steven, “Democracia con Adjetivos: Innovación Conceptual en la Investigación Comparativa”, en <http://es.scribd.com/doc/206520979/33683319-Collier-y-Levitsky-Democracia-Con-Adjetivos#scribd>.

(casos de estado de excepción), no querían retornar al orden constituido bajo el supuesto de encarnar un sentimiento popular que les exigía ejercer el poder absoluto. Augusto César Octavio, primer emperador romano, luego de doblegar las huestes de Marco Antonio, selló el destino final de la República no sin antes haber utilizado en su favor todos los mecanismos democráticos que ésta ofrecía; concentró el poder en su persona, no por la vía del derramamiento de sangre, sino recurriendo a la propia voluntad del *populus romani* que en sucesivas elecciones le iban designando titular de cuanto cargo él quiso ocupar: cónsul, príncipe, tribuno de la plebe, jefe de la moneda, a la par que establecía pactos con el Senado. Una vez consolidado el poder imperial, poco a poco fueron desapareciendo o cambiando de función las instituciones republicanas. Sin duda, lo que hizo Octavio fue dar un golpe de Estado desde el mismo Estado, dejando como legado una patente política que tampoco ha perdido vigencia a través de los siglos.

IV. CONCLUSIONES

Condensando lo expresado en este trabajo, creo en lo sustancial, haber puesto de manifiesto lo siguiente:

Primeramente, que luego del nacimiento de las repúblicas latinoamericanas en el siglo XIX, que no coincidió con los actuales avances de las técnicas, materias que abarca y principios del derecho constitucional; el derecho civil de antecedente técnico romanista, se volvió en un forzoso instrumento de interpretación constitucional, simplemente porque fue lo jurídicamente más desarrollado en aquella época, tomando en cuenta que durante décadas fue el medio más importante para resolver los conflictos cotidianos de la ciudadanía por la seguridad jurídica que brindaba al no ser objeto de mayores cambios legislativos.

En segundo lugar, que por el hecho de haber merecido prioridad en la academia latinoamericana el estudio de las instituciones del derecho romano privado, en tanto sus instituciones de derecho público se han topado muy tangencialmente como parte de otras asignaturas, se ha llegado a pensar, por influencia de las teorías neoconstitucionalistas, que la división de poderes patentada por el derecho romano republicano y replantada por el liberalismo clásico en el siglo XVIII, es solo una formalidad “burguesa” que se supera otorgando jerarquía constitucional a los derechos humanos, sin que importe mucho si los poderes del Estado son o no independientes, porque el cumplimiento de esos derechos está asegurado por el principio de supremacía normativa.

En un tercer lugar, que las teorías neoconstitucionalistas no ofrecen tantas novedades como sus seguidores creen, empezando porque en la propia Roma, la *Aequitas* era un valor que al despojar de su carácter riguroso a la norma, buscó una justicia objetiva o material para construir una armonía social y, porque ya el realismo jurídico anglosajón y escandinavo ya se preocuparon por medir la real eficacia del derecho y del aparato de administración de justicia en una sociedad.

En cuarto lugar, que no pocos de los ideólogos neoconstitucionalistas, al concentrarse en el activismo estatal para la consecución de la igualdad material de una sociedad, poco reparan en la necesidad de establecer límites a la concentración del poder estatal, máxime si a su criterio, éste se orienta a distribuir la riqueza porque “Latinoamérica es la región con más inequidades en el mundo.”, empeño que les conduce a reivindicar la validez moral de la “democracia autoritaria” que aun cuando concentre los poderes en una sola persona o partido es, de todos modos, una democracia y legítima en tanto sea antiliberal.

Y finalmente, que ante este panorama, es necesario dejar cierto romanticismo, sectarismo o resentimiento para examinar y orientar la reflexión académica hacia el valor que representa la existencia de una real división e independencia de poderes estatales para el ejercicio de los derechos y su efectiva tutela, por lo que mucho cuidado habrá de observarse, entonces, a la hora de distinguir lo que significa un activismo estatal orientado hacia un real ejercicio de los derechos sin distingo de quien demande su exigencia; de lo que constituya un activismo estatal dirigido al clientelismo político encaminado a perennizarse en el poder que, a título de implementar políticas públicas o de aplicar derechos, termine abrigándose el derecho de decir qué es lo bueno y qué es lo malo para la sociedad o quienes son los buenos y quiénes son los malos; si ello no ocurre, es probable que en algunos países latinoamericanos se llegue a repetir lo que los perseguidos políticos del imperio romano tenían que decir en las arenas del circo: “*Ave Cesar, morituri te salutant*” .

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Gonzalo, *et al.*, “Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina”, SSRC Conflict Preventium Peace Forum, en http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%CC%81rica_Latina%20_Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf

- BATTISTA RATTI, Giovanni, “Neoconstitucionalismo negativo”, ponencia presentada en la I Jornada Internacional de Derecho, organizada por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 24, 25 y 26 de febrero de 2015. En <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2015/03/17/neoconstitucionalismo-negativo>.
- BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los sistemas neorromanos (De los orígenes a la alta Edad Media)*, México, UNAM, 1996.
- CALSAMIGLIA, Albert, “Notas sobre el realismo jurídico”, en <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/viewFile/172574/243661>.
- COLLIER, David y LEVITSKY, Steven, “Democracia con adjetivos: innovación conceptual en la investigación comparativa”, en <http://es.scribd.com/doc/206520979/33683319-Collier-y-Levitsky-Democracia-Con-Adjetivos#scribd>.
- DAVID, Rene, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Aguilar, 1970.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “Ponencia presentada en el Simposio Internacional sobre el Derecho y el Estado”, 1994.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 53ª reimpresión, México, Porrúa, 2002.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pezreya, 2000.
- HEFFES, Omar Darío, “Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad”, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/salus-populi-estado-de-excepcion-o-razon-de-estado-en-la-salvacion-de-la-comunidad.pdf>, p. 67.
- HERRERÍAS TELLERÍAS, Armando, “Orígenes externos del recurso de amparo”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/19/dtr/dtr2.pdf>.
- MARGADANT, Guillermo F., *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa-Librero Editor.
- MIRANDA BURGOS, Marcos José, “Balance Constitucional II”, *El Universo* de 23 de junio de 2015, en <http://www.eluniverso.com/opinion/2015/06/23/nota/4979917/balance-constitucional-ii>.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Reflexiones sobre la llamada Escuela de la Exégesis”, *Derecho y Cambio Social. Revista Jurídica y de Filosofía Social*, Rosario, vol. 15, 1992.

- OYARTE, Rafael, “¿Sirve la renovación de la Corte Constitucional?”, *El Universo* de 27 de junio de 2015. En <http://www.eluniverso.com/opinion/2015/06/27/nota/4986405/sirve-renovacion-corte-constitucional>.
- PRATS, Eduardo Jorge, “La democracia autoritaria”, en <http://hoy.com.do/la-democracia-autoritaria/>.
- SÁEZ ARJONA, Elena, “Comentario de la traducción de la obra de Françoise Gény *La Libertad en el Derecho. Entre Certeza e Incertidumbre*, realizada por María Jesús Bernuz Beneitez, Editorial Comares, Granada, 2008”, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552010000100041.
- SOTO VILLAFLORES, Raúl, “Método hermenéutico en el derecho romano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, en <http://www.historiadel derecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/23239>.
- TRUJILLO, Julio César, “La Fuerza Normativa de la Constitución Actual”, *FORO Revista de Derecho*, núm. 3, Universidad Andina Simón Bolívar / CEN, Quito 2004.
- VALLE, Alex, “El neoconstitucionalismo en Latinoamérica”, en http://www.criticaconstitucional.com/el-neoconstitucionalismo-en-latinoamerica/#_edn8.
- VON SAVIGNY, Friedrich, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Estudio preliminar sobre *El espíritu del Derecho Alemán* por el Doctor Enrique De Gandía, Buenos Aires, Editorial Heliasta.

Documentos

- Constitución Argentina.
- Constitución Brasileña.
- Constitución Boliviana 2009.
- Constitución Chilena.
- Constitución Colombiana 1991.
- Constitución Ecuatoriana 1998.
- Constitución Ecuatoriana 2008.
- Constitución Federal Mexicana.
- Constitución Venezolana.
- Código Civil Ecuatoriano.

LOS PRINCIPIOS INFORMANTES DEL DERECHO
PÚBLICO REPUBLICANO ROMANO.
SU RECEPCIÓN EN EL DISEÑO
POLÍTICO-JURÍDICO DE LA PARTICIPACIÓN
CIUDADANA EN LA REPÚBLICA DE CUBA

Joanna GONZÁLEZ QUEVEDO*

SUMARIO: I. *Notas introductorias acerca de los principios informantes del republicanismo democrático romano.* II. *La recepción de los principios del iuspublicismo romano en el diseño de la participación política del ciudadano en la República de Cuba. Retos para su perfeccionamiento.* III. *A modo de conclusiones.*

I. NOTAS INTRODUCTORIAS ACERCA
DE LOS PRINCIPIOS INFORMANTES
DEL REPUBLICANISMO DEMOCRÁTICO ROMANO

La esencia del presente estudio se encuentra en la fundamentación de los aportes del republicanismo romano para la recepción del derecho público republicano romano en el constitucionalismo latinoamericano, fundamentalmente en Cuba. Como dirían los romanos “de cada cosa, el principio es la parte esencial”.¹ Por tal razón, este trabajo es una muestra de la oportunidad y la preocupación científica de encontrar, en los orígenes del modelo *iuspublicístico* romano, las bases de una temática esencial para la contemporaneidad, como lo es la participación ciudadana. Tal cual pauta el libro 1 del Digesto Justiniano, la investigación se abocó al estudio de la historia vital del sistema

* Profesora principal de derecho romano. Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba.

¹ *Cfr.* D.1,2,1 García del Corral, Idelfonso (trad.), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Ediciones. Antiguas y Modernas, Barcelona, 1889, primera parte Instituta-Digesto, p. 5.

romanista y no al análisis del sistema romanista disuelto en la historia como mera referencia antigua.

Desde las ciencias jurídicas —especialmente en los estudios de derecho romano—, es poco frecuente la sistematización, con un carácter integral y uniforme, de las bases del republicanismo democrático romano y su impronta para la unidad de principios del sistema de derecho continental desde una visión *iuspublicística*, amén de la existencia de valiosos ensayos y autores estudiosos del derecho público romano.²

La importancia del conocimiento de los principios que extraídos del derecho romano siguen siendo como la propia historia en que se generaron y tienen el propio rango de esta, constituye un imperativo para cualquier estudioso del romanismo. Ello obliga a ser, parafraseando a Cicerón, testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, y mensajeros de la antigüedad.³

Entonces, sobre la base de los fundamentos históricos del *iuspublicismo* romano y del estudio detallado de sus fuentes originarias de conocimiento, veamos cuáles pueden considerarse, los principios informantes del *iusrepublicanismo* romano:⁴

1. La *Respublica* es la organización política del *populus* romano.

2. La *potestas* (soberanía) del *populus* es la base de la *Respublica*.

2.1 La *potestas* reside en el pueblo, es indelegable y se ejerce a través de instituciones de participación, desde el nivel municipal y hasta el nivel central de ejercicio del poder.

² Entre otros autores, pueden verse, Catalano, Pierángelo, *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000; Fernández Bulté, Julio, *Separata de Derecho Público Romano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 1999; Fernández de Buján, Antonio, *Derecho Público Romano*, 14ª ed., España, Editorial Civitas, 2011; Fernández Estrada, Julio Antonio, *De Roma a América Latina: El tribuno del pueblo frente a la crisis de la República*, Aguascalientes y San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispet, A.C., 2014; Lobrano, Giovanni, “Republica e municipi”, en *Costituzionalismo Latino*, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia-América Latina, 1996, t. II; Rinaldi, Norberto, *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Buenos Aires, 2007; Rubio Correa, Marcial, “La participación del pueblo en la elaboración constitucional dentro de los países latinoamericanos de Sudamérica”, en *Costituzionalismo Latino*, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia-América Latina, 1996, t. II; Torrent, Armando, *Derecho Público Romano y sistema de fuentes*, Zaragoza, Edisofer S.L., 2002.

³ Cicerón, *De República*, en Navarro y Calvo, Francisco (trad.), *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, t. VI, p. 140.

⁴ González Quevedo, Joanna, “Principales aportes del modelo clásico de Derecho Público Republicano Romano para la unidad de principios del republicanismo democrático”, en *Revista española de Republicanismo “Sin Permiso”*, disponible en www.sinpermiso.info/articulos/ficheros/11romano.pdf, pp. 5-7.

- 2.1.1 La *potestas* es indivisible, por lo que el poder no se puede dividir.
- 2.1.2 Ley pública como máxima expresión de la *potestas* republicana.
3. Existencia del poder negativo directo contra actos lesivos a la *potestas* del *populus*.
4. Dada la complejidad de la ejecución de las decisiones políticas, para el ejercicio efectivo del gobierno deben elegirse funcionarios específicos denominados magistrados.
 - 4.1 Los cargos políticos o magistraturas deben ser ejercidos por un cierto período de tiempo, son revocables y deben ser irreelegibles de forma inmediata.

En efecto, el *populus romanus* no era una abstracción inasible, sino el resultado de la concreta y específica sumatoria de los ciudadanos organizados tanto a nivel de la ciudad de Roma como de los municipios.⁵ La soberanía, concretada mediante los mecanismos de participación ciudadana, constituía la base de la *Respublica* y era absolutamente indelegable de la misma manera que hoy es indelegable el ejercicio del sufragio. Respecto a la indelegabilidad, constituye una consecuencia lógica del origen miliciano de los primeros comicios, donde los soldados se pronunciaban con las armas en la mano. En esos casos, sólo los ciudadanos-soldados romanos presentes podían manifestar su libertad sufragando a través de sus aclamaciones. El principio de la “libertad popular” implicaba al decir de Catalano⁶ la intervención inmediata de los ciudadanos en el ejercicio del poder popular soberano a través de instituciones que se concretan en dos procesos fundamentales: discusión-veto(*intercessio*)-aprobación-abrogación de las leyes y elección-revocación de los magistrados.

Nótese que Catalano habla de intervención inmediata. Ahora bien, algunas interrogantes se imponen al respecto en un orden clasificatorio: ¿Toda participación directa es a la vez inmediata? Y en consecuencia, ¿todas las instituciones romanas de democracia directa pueden ser consideradas instituciones de participación inmediata de cara a la tesis del republicanismo democrático? Y por último, ¿cabe hablar de participación indirecta en el republicanismo romano?

⁵ Rinaldi, Norberto Darío, “La resurrección del Derecho Público Romano”, en *Memorias del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. La Habana 2002*, Morelia, México, Universidad de San Nicolás de Hidalgo, p. 231.

⁶ Catalano, Pierángelo, “Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva latinoamericanista”, *Memorias del XV Congreso latinoamericano de Derecho Romano*, Morelia, 2006, p. 31. Según refiere el autor para el Libertador Simón Bolívar el principio de la libertad popular nace en Roma y supone la intervención inmediata en el ejercicio del poder.

Con apego al *étimo* de los términos, se advierte que lo directo presupone una acción que se encamina o dirige a determinados fines, mientras que lo inmediato implica que esa actividad produzca efectos próximos en el tiempo, sin mediaciones impeditivas de su eficacia y del carácter vinculante de lo que decida el soberano. Toda participación política por antonomasia es directa en tanto se encamina a que los ciudadanos tomen parte por sí mismos en los procesos decisorios. El carácter directo de la participación es un presupuesto de la cualidad de lo inmediato, por lo que no cabe hablar de participación indirecta en un modelo político como el romano, que por ser indelegable la *potestas* no conoció la institución de la representación.

La teoría clásica de la representación política,⁷ tiene como principales presupuestos la prohibición del mandato imperativo, la negación de una relación de derechos subjetivos entre los representantes y los representados, la trascendencia de la elección y el derecho al sufragio, la tripartición de poderes y el control horizontal entre los poderes.

En el derecho romano, solo se conoció posteriormente, en la época clásica, con el desarrollo de las relaciones sociales, pero limitado al ámbito privado. A medida que se desarrollan las relaciones, la necesidad de poder hacerse representar por terceros en los actos jurídicos viene a ser más indispensable. Solo mucho más tarde, en la época clásica, es cuando el Derecho romano se eleva hasta la concepción de esas formas que satisfacen a esta necesidad. La razón de ello es que desde los tiempos más antiguos, ese derecho poseía dos formas propias para realizar el objeto de la representación jurídica, formas que pasan al derecho nuevo.

La primera consistía en el empleo de personas sometidas al poder de otro, y estaba basada en el principio de que todo lo que esas personas adquieran recae en el sustentador del poder. Esta forma tenía, sin embargo, el defecto de no poder hacerse extensiva a la representación en justicia.

Pero una segunda forma —que tuvo otros destinos— vino a llenar ese vacío. Un mandatario concluía el negocio a su propio nombre y después transfería al demandante los efectos de su acto. Cuando en la época antigua se quería hacer representar en justicia, no había otro recurso que transferir fiduciariamente al mandatario la relación o el objeto litigioso. En tal sentido, Savigny⁸ alude a dos momentos en los que la representación alcanzó dis-

⁷ Citado por Guzmán Hernández, T. Yan, “Representación *en* política, instituciones de democracia directa y revocatoria de mandato en Venezuela—Una manera de interpretar el modelo normativo-constitucional venezolano de participación política”, Tesis en opción al grado de doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, La Habana, 2008, pp. 35-38.

⁸ Von Savigny, M. F. C., *Sistema de Derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Compañía, 1879, pp. 207-210.

tintas dimensiones. Además, admite como Ihering, que el aumento de las transacciones sociales trajo consigo la ampliación de la órbita de la representación en el derecho romano.

Efectivamente, la representación permite la intervención de los actos libres en las relaciones de derecho concernientes a los impúberes, los enajenados y los pródigos, lo cual sería imposible sin ello. Así, la representación no halla más que dos aplicaciones insignificantes en el derecho de familia y respecto al derecho de sucesión, que no tiene por objeto regular las dos posiciones de los bienes entre vivos, sino su transmisión de una generación a otra.

En materia de obligaciones, la representación se aplica a las transacciones mismas, es decir, a las relaciones de persona a persona, pero no a la reparación necesaria que lleva consigo la violación del derecho. En los tiempos muy antiguos encontramos el principio riguroso de que ninguno podía ser representado más que por las personas que están bajo su dependencia, y sólo para adquirir, nunca para disminuir sus bienes.

Mas un principio tan estrecho y riguroso no podía mantenerse cuando la civilización había aumentado las transacciones sociales, y fue admitiéndose poco a poco la mediación, si bien limitada a ciertos casos. Comenzó la reforma respecto a las adquisiciones de la posesión y a los medios de adquirir la propiedad fundada en aquella, tales como la tradición y la ocupación. Después se admitió la representación para las enajenaciones resultantes de la tradición y para las adquisiciones del mismo género, permitiéndose en todos los casos hacerse representar ya por los hijos ó los esclavos, ya por personas libres. De este modo, en lo referente a las traslaciones de la propiedad, no se excluyó la representación libre sino para las antiguas formas del derecho civil primitivo, la mancipación y la *iure cessio*.⁹

El poder para los romanos era indivisible no sólo en el derecho público, sino también en el derecho privado. Con relación a este último, por ejemplo, la *manus* (autoridad del esposo sobre la esposa) y la *patria potestas* (poder del *pater familias* sobre los hijos y demás descendientes legítimos *alieni iuris*), no admitían más que una voluntad determinante, la del sujeto que detentaba esos poderes. Ese concepto de indivisibilidad en el derecho privado tiene su consecuente reflejo en el derecho público.

La ley pública debe ser entendida como resultado de la voluntad mayoritaria del pueblo en la creación del derecho republicano. Sentencia Fernández Estrada¹⁰ que el ciudadano romano no era oprimido ni por el orden político en que vivían, ni por el derecho que regulaba su vida, porque ese

⁹ *Idem.*

¹⁰ Fernández Estrada, Julio Antonio, *El tribunado, sus expresiones posibles en la actual crisis iuspublicística*, Tesis de doctorado en Ciencias Jurídicas en 2005, p. 22.

orden político era justamente el que él se había dado soberanamente, y el derecho era absolutamente creado por el ciudadano. A ello se refería Juan Jacobo Rousseau, en *Contrato Social II*, 12, como “costumbres”, “hábitos” u “opinión”, al referirse a una categoría de leyes

...que no se graba ni sobre mármol ni sobre bronce, sino en los corazones de los ciudadanos, que es la verdadera constitución del Estado; que toma todos los días nuevas fuerzas; que, en tanto otras leyes envejecen o se apagan, ésta las reanima o las suple [...] elemento desconocido para nuestros políticos, pero de la que depende el éxito de todas las demás [leyes políticas, civiles y criminales] y de la que se ocupa en secreto el Gran Legislador, mientras parece limitarse a reglamentos particulares, que no son sino la contra de la bóveda, en la cual las costumbres, más lentas en nacer, forman, al fin, la inquebrantable clave.¹¹

La *libertas* consiste en la sumisión voluntaria a la ley votada en común, de donde se deriva que la *lex publica* es uno de los vínculos más fuertes, o el de mayor cohesión entre los ciudadanos romanos.

El papel que los tribunos tenían reservado en el sistema constitucional republicano, no era otro que el de proteger primero a los plebeyos y luego a todos los ciudadanos, de los abusos que pudieran cometer los magistrados como mandatarios del pueblo. Conforme a la opinión de Rousseau, esa institución servía en Roma para proteger al soberano, es decir al pueblo, de quienes ejercen el gobierno. Obviamente la garantía constitucional no podía estar a cargo de los funcionarios ordinarios, porque es precisamente de los abusos de esos funcionarios que hay que proteger al ciudadano común. Por tanto, si le fueran suprimidas al *populus* sus instituciones de participación como la aprobación y abrogación de la ley, la *intercessio*, la elección de los magistrados y la revocación les queda como último recurso del derecho de resistencia como manifestación del poder negativo directo y de la soberanía popular.¹²

¹¹ Cfr. Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 54.

¹² Durante la existencia de la *respublica* romana se produjeron una serie de secesiones, protagonizadas por el plebeyado en búsqueda de reformas y concesiones políticas, económicas y sociales. Al igual que el tribunado, el origen de la *secessio plebis* debe buscarse en la fuerza pujante de una clase y sector social que lucha por encontrar espacio para sus demandas e intereses en el aparato de poder político de la civitas, el cual como ya analizamos fue hasta cierto momento, instrumento de poder exclusivo del patriciado. Por lo tanto, junto a la actividad de los tribunos se erige entonces la secesión como mecanismo o instrumento a través del cual el plebeyado puede hacer influencia en la vida política de la ciudad. De esta serie de secesiones (cuya cantidad total no está definida) se señala como la más relevante, debido a su impacto y consecuencias, la ocurrida en 494 a.n.e., lo sucedido durante esa secesión fue totalmente sutil e innovador.

En coincidencia con Fernández Bulté¹³ se asiente en que para los romanos particularmente, el poder soberano del *populus*, la *potestas* —que era indelegable e intransferible—, se ejercía directamente a través de los Comicios, tanto Curiados, como Tribales, y después de Servio Tulio, los Centuriados. Sin embargo, está claro que hay muchísimas acciones que no puede hacer todo el *populus* reunido en comicios, que requieren diligencia y acción personal, es decir personas encargadas de determinadas misiones, que podríamos llamar “*de gobierno*”. Para ello la *iuspublicística* echó mano al mandato el cual es un contrato consensual nacido en Roma, por el cual una persona llamada mandante, que dispone de total lucidez y capacidad, ordena a otra llamada mandatario, que haga a su nombre tal o cual gestión, cumpla tal o cual orden o mandato. Por supuesto, el mandante no enajena su personalidad ni su voluntad, sino que cede algo de su autoridad para que el mandatario haga determinadas diligencias a nombre suyo. Y por supuesto, el mandante vigila el cumplimiento del mandato, lo controla y se reserva el derecho de revocar el mandato en cualquier momento.

Pese a la miopía con que los historiadores liberales decimonónicos interpretaron al mundo romano, en la vieja república romana jamás se practicó la representación. Los romanos no lo hubieran admitido. No hubieran cedido jamás su *potestas*, ni hubieran enajenado su intervención en la *respublica*, la cosa de todos. Cuando designaban magistrados, los consideraban simples mandatarios, nunca representantes. Las pruebas de ello son abrumadoras. Nunca dejaron las manos sueltas a los magistrados; el Tribuno con su *jus vetus* y su *sacer* era una fuerza de contención, un poder negativo como ha subrayado Catalano.

Además siempre se reservaron la *secesión o resistencia* como última alternativa de su poder, indelegable e indivisible. Los romanos eran lo suficientemente soberbios como para admitir que ellos no podían dirigir los asuntos o la cosa pública, todos en general y cada uno en particular.

Finiquitando, concluye al respecto Fernández Estrada¹⁴ que fue nuevamente J.J. Rousseau quien penetró con mirada más profunda en el pensamiento del *populus* romano al respecto. El ginebrino afirma que en el funcionamiento de la república romana habría que distinguir siempre entre la *potestas* —poder soberano exclusivo del *populus*— y la misión del gobierno. Para ejecutar la voluntad ya legislada por el pueblo, a esos magistrados se les otorgaba la ya aludida cuota de *auctoritas*, es decir, una encomienda política específica.

¹³ Cfr. Fernández Bulté, Julio, *op. cit.*, pp. 25-30.

¹⁴ Fernández Estrada, Julio Antonio, *El tribunado...*, *cit.*, p. 29.

De ello se desprende algo que Rousseau explica con suspicacia y no siempre ha sido debidamente entendido: que el hombre romano era soberano y súbdito al mismo tiempo. Soberano por que mantenía siempre su poder como parte de la comunidad política. Y súbdito porque debía en cada momento someterse al gobierno, es decir, a las decisiones de las magistraturas. Como afirma Rousseau, entre esos dos valores no había contradicción. Cuando el ciudadano obedecía a su gobierno, no enajenaba su condición de soberano, sino que la realizaba en un plano más alto y concreto. Al obedecer al gobierno estaba, de hecho, obedeciendo a aquellos que él mismo había elegido y obedeciéndolos en aquello que él mismo había dispuesto como soberano.

De ahí emana una conclusión no siempre calada en toda su hondura: la forma de gobierno carece de importancia. No importa que sea una monarquía o un gobierno colegiado; no importa incluso que sea elegido mediante el sorteo, puesto que el gobierno no puede hacer sino aquello que le está encomendado, y no otra cosa, incapaz de separarse de la voluntad popular.

El sistema romano se inspira en el deseo de evitar que las magistraturas se perpetuasen en manos de quien las desempeñaban. No solo está prohibida la acumulación de distintas magistraturas, sino también que un mismo ciudadano ejerciese igual cargo o funciones diferentes durante varios años consecutivos. Opina Arangio-Ruiz¹⁵ que para evitar la perpetuación en el poder se prohibió que un ciudadano fuera reelecto en una magistratura, se vedó que detentara magistraturas distintas sin dejar pasar un tiempo con la anterior. Tal reelección, primero fue reglamentada severamente y luego suprimida. Añádasele a lo anterior el carácter revocable del ejercicio del poder. A aquellos que luchan contra la memoria histórica de los pueblos ha de recordársele que está documentado, entre otras, una revocación que fue la del tribuno Octavio en el 132 a.n.e. por su colega Tiberio Graco, uno de los motivos entre otros que llevaron al asesinato de Graco por la oligarquía conservadora. Pero pocos años antes en el 136 a.n.e se le había realizado un procedimiento de revocación al procónsul Emilio Lépido. A partir del año 132 a.n.e la revocación se convirtió en un mecanismo ejercitable en cualquier momento, otro argumento más a favor del carácter republicano del modelo iuspublicístico romano.¹⁶

¹⁵ Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, 4^{ta} ed., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, p. 120.

¹⁶ *Cfr.* Torrent, A., *op. cit.*, p. 152 y ss.

II. LA RECEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS
DEL IUSREPUBLICANISMO ROMANO
EN EL DISEÑO DE LA PARTICIPACIÓN
POLÍTICA DEL CIUDADANO
EN LA REPÚBLICA DE CUBA.
RETOS PARA SU PERFECCIONAMIENTO

Este epígrafe tiene como objetivo argumentar cómo una adecuada construcción teórica de la recepción de los principios del iusrepublicanismo romano en Cuba, puede contribuir al perfeccionamiento jurídico de la participación política del ciudadano, como esencia del diseño político-jurídico nacional. Para ello, lógicamente, se analizaron las normas jurídicas que están vigentes en materia de participación.

Si se tiene en cuenta que uno de los retos fundamentales a enfrentar en los próximos años será la actualización del texto constitucional, en dicho proceso deberán considerarse los principios del iusrepublicanismo romano, provenientes de lo más avanzado y universal de la teoría democrática, cuyos orígenes se remontan al derecho público republicano romano.

Es por ello que no resulta disonante fundamentar, desde los orígenes y los principios romanistas que ha recepcionado el actual diseño de la participación política del ciudadano, las principales líneas que deben guiar el perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional.

Como consecuencia de lo anterior, se imponen varias interrogantes: ¿cuáles son las principales líneas políticas que deben guiar el perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional?, ¿cómo se aprecia la presencia o no de los principios del iusrepublicanismo romano en las líneas políticas definidas de cara a la ineludible actualización de la Constitución y otras disposiciones normativas referentes al derecho de participación?, ¿qué deficiencias están presentes en la concepción ordenadora de la participación política del ciudadano, que resultan incongruentes con las bases republicanas y democráticas sobre las cuales se asienta, en el diseño político-jurídico nacional?

Esta última interrogante es vital para que no fracase el proceso de cambios. No basta sólo tener en cuenta los fundamentos romanistas presentes en las líneas que han de guiar el perfeccionamiento, sino que también la fundamentación, desde una visión iusrepublicana, ha de proponer modificaciones en la concepción ordenadora de la participación política, para contribuir al perfeccionamiento de la democracia en la República de Cuba.

Estas interrogantes y presupuestos guiarán la fundamentación de las principales líneas que deben conducir al perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional, y que a continuación se analizarán:

1. *Fortalecimiento de la institucionalidad democrática y responsabilidad de los mandatarios en el ejercicio del poder a través del control popular de su gestión*

Entre las principales líneas políticas que trazó el Informe Central al VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el marco del perfeccionamiento, está el fortalecimiento de la institucionalidad democrática. Dándose continuidad a lo anterior, la introducción a los objetivos de trabajo aprobados por la Primera Conferencia Nacional del PCC, aprobó como uno de sus objetivos la necesidad de incentivar la participación real y efectiva de la población en la toma de decisiones, así como fortalecer el control popular sobre los órganos competentes.¹⁷

Evidentemente, esta proyección está afianzada sobre fundamentos republicanos romanistas, que colocan a la soberanía popular y la participación ciudadana como centro del proceso. Siguiendo a Catalano,¹⁸ el principio de la soberanía popular en una República democrática como fue la romana implicaba la intervención inmediata de los ciudadanos en el ejercicio del poder popular soberano a través de la institucionalidad democrática. La misma se concretaba en instituciones fundamentales: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios.

Desde una posición eminentemente crítica en pos del perfeccionamiento de la democracia en Cuba, y sin que constituya una discordancia con la tesis que se defiende de que ciertamente en Cuba existe una República democrática fundada en principios romanistas, cabría preguntarse detenidamente: ¿todas las instituciones de participación, en el diseño político-jurídico cubano actual, pueden ser consideradas instituciones de participación inmediata de cara a la tesis del republicanismo democrático romano?, ¿qué no es republicano al estilo romano en nuestro diseño participativo y dónde debemos

¹⁷ Objetivos de Trabajo del Partido Comunista de Cuba aprobados por la Primera Conferencia Nacional, La Habana, 29 de enero de 2012, p. 6. Disponible en <http://www.cubadebate.cu/especiales/2011/04/18/resolucion-sobre-el-perfeccionamiento-de-los-organos-del-poder-popular-el-sistema-electoral-y-la-division-politico-administrativa/>.

¹⁸ Catalano, Pierángelo, *Derecho Romano y América Latina*, Sassari, Grupo di Ricerca sulla diffusione del Diritto Romano, 2002, p. 55.

perfeccionar nuestras instituciones para ser coherentes con los principios del republicanismo democrático que nos legó nuestra historia constitucional?

De conformidad con los requisitos expuestos y sobre la base de la clasificación de los mecanismos de participación y de la tipología de los institutos participativos en Roma, podemos concluir que para hablar de una institucionalidad democrática de base romanista hay que tener en cuenta que:

Primero: El procedimiento de realización de las instituciones debe provenir “desde abajo” o sea cuando es la propia ciudadanía quien promueve el proceso participativo, o cuando activándola un magistrado o mandatario la decisión del pueblo de aceptarla o no es vinculante (dígase *ad referéndum*), *verbigratia*: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y nominación-elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios.

Segundo: Aquellas cuya aceptación no está mediada por valoraciones de los órganos estatales o existe una mínima valoración, *verbigratia*: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y nominación-elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios. Tercero: Aquellas que se pueden activar tanto a nivel central de la ciudad de Roma como al interior de cada municipio.

Procedase, pues, a un estudio detallado de las instituciones de participación y véase cuáles con un origen popular exhiben efectos inmediatos y vinculantes en la concepción ordenadora de la participación política del ciudadano en Cuba.

La Constitución cubana, en su artículo 131, regula la participación política de este modo: “Todos los ciudadanos, con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos para integrar los órganos del Poder Popular”. Sin embargo, no declara de una manera clara y precisa cuáles serán esas formas de intervenir. Se asiste, por tanto, a una mala sistemática en el magno texto, pues de su redacción se deriva la consagración de otras formas de participación inmediata de la ciudadanía, más allá de la elección de sus representantes, las cuales no se hallan sistematizadas ni declaradas de forma unívoca en el texto constitucional. Entre ellas, se defiende la participación en elecciones periódicas y nominación de candidatos y en referendos populares, las consultas, la rendición de cuentas, la revocación y la iniciativa legislativa popular.

La Constitución reformada en 1992 y la Ley Electoral promulgada a su tenor establecen dos mecanismos distintos de nominación de candidatos para integrar la estructura estatal: a) los candidatos a delegados de circunscripción son nominados de modo directo a través de propuestas de los

electores. Una vez electos integran las Asambleas Municipales del Poder Popular (en lo adelante AMPP). b) los candidatos a los niveles medio y superior (provincias y nación) son nominados de modo indirecto, por las AMPP.

Resulta válido recordar con Capogrossi¹⁹ que en Roma la nominación de los candidatos podía provenir de los ciudadanos y de otro ente del aparato estatal, dígase un magistrado o mandatario. Lo que sí era facultad exclusiva del *populus* era la elección y revocación de todos los cargos de elección popular. Esto era factible no sólo en la ciudad de Roma, sino a nivel de los municipios, en los cuales podían ser nominados y elegidos como mandatarios de la curia municipal magistrados con imperio en el nivel central de la ciudad romana. Los magistrados podían ser revocados a iniciativa de los ciudadanos, e incluso en estos espacios municipales se podían someter a consulta proyectos de leyes para la civitas romana. En este último aspecto, nos alejamos del modelo romano-latino en sede de participación popular.

Es que aquí también el ordenamiento desaprovecha las consecuencias del voto directo y se aleja de la inmediatez que debe caracterizar a la participación republicana. Los delegados a las Asambleas Provinciales y los diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular, son electos directamente por la ciudadanía y rinden cuenta ante ella. Pero serán revocados por las asambleas que los nominaron, no por los electores, lo que resulta consistente con un punto antes argumentado: son agentes de los órganos estatales superiores.

La revocación de los cargos en Cuba procede de este modo: a) para presidentes y/o vicepresidentes de las Asamblea Municipal: el Presidente de la Asamblea Provincial (en lo adelante APMP) o un delegado a la propia Asamblea Municipal, b) para presidentes y/o vicepresidentes de la APMP o del Municipio Especial Isla de la Juventud: el Consejo de Estado o un delegado a la propia Asamblea, c) para el presidente, del vicepresidente o el Secretario de la ANPP: el Consejo de Estado o un diputado, y d) para un miembro del Consejo de Estado: el Consejo de Estado o un diputado.

De lo anteriormente expuesto se colige que la propia ciudadanía debe estar facultada para promover procesos de revocación contra todos los cargos de elección popular en las diferentes estructuras del nivel estatal. En una futura reforma constitucional, la revocación debe quedar abierta con un carácter inmediato, sin excepción, a todos los cargos públicos electos, pudiendo ser propuesta por un por ciento de ciudadanos, siendo consecuentes con las bases republicanas del diseño y eliminar lo que parece un defecto de la regulación. Se trataría de ser coherente con la regulación legal del propio diseño.

¹⁹ Cfr. Capogrossi, L., *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 21.

Las asambleas de rendición de cuentas, también deberían constituir espacios para pronunciar demandas de impacto nacional y para participar de la formulación de líneas programáticas sobre el Gobierno de la nación. Así sean, por ejemplo, las decisiones sobre los programas de gobierno local, provincial y nacional, los cuales no resultan definidos a través del proceso electoral.

Las asambleas de rendición de cuentas deben funcionar como una potencial asamblea de ciudadanos al estilo de los comicios romanos, en los cuales se nominaban, elegían y revocaban a los mandatarios y se aprobaban las normas del ámbito municipal. Si se circunscribe la rendición de cuentas como un mero ‘dar a conocer’ la gestión política de los representantes —sin más efectos que los que se puedan derivar de esto—, sería reñido inscribirla en el marco del tipo de instituciones que se están analizando. Pero si se concibe en su naturaleza dinámica, a partir de la definición anterior, podría defenderse su calidad de institución republicana inmediata.

Si se analiza el referendo vemos que de acuerdo al *Diccionario de Derecho Romano*²⁰ el término proviene de la expresión latina *ad referendum*, que hace alusión a la práctica de referir determinadas cuestiones gubernamentales al pueblo. El vocablo ‘referéndum’ procede del verbo *refero* (*fero*-“llevar”; re-“de nuevo”) que significa volver a llevar, en este caso al pueblo, la soberanía que legítimamente posee. Los ciudadanos son los soberanos y su voluntad política se patentiza por medio de mandatarios políticos, pero determinados temas han de someterse directamente al pronunciamiento popular, a referéndum: deben volver al único depositario de la soberanía.

Tal cual se ha podido apreciar, en el derecho romano todas las decisiones políticas se sometían a consultas populares. Y el *populus* romano, reunido en comicios, decidía *ad referendum* las normas que se sometieran a su consideración por parte de los magistrados, para quienes sería vinculante lo que decidiera el *populus*. Aunque hasta el momento estas no están previstas en normas jurídicas, las consultas populares han sido utilizadas con frecuencia como paso previo a la promulgación de diversas leyes o a la adopción de determinadas decisiones de carácter nacional. El reconocimiento jurídico de estos mecanismos participativos implicaría otorgar legitimidad y fundamento legal a formas democráticas de participación que de hecho se practican y que cuentan con un fuerte respaldo político, pero un escaso respaldo legal, y que son obviamente de inspiración romanista.

²⁰ Véase Vázquez, Humberto, *Diccionario de Derecho Romano, palabras, locuciones y aforismos latinos*, Buenos Aires, Editorial Zavalia S.A, 1998, p. 70. Asimismo véase Girón González, Claudia M., “Tendencias normativas del referendo en cinco países latinoamericanos y retos normativos de su regulación en Cuba”, *Trabajo de Diploma*, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, 2014, p. 10.

Por tanto, se debe definir constitucionalmente el carácter vinculante o no de la consulta. Si bien la consulta popular es promovida desde el propio aparato de poder —tal como ocurría en el derecho público republicano romano—, lo que la diferencia de aquel es que no queda claro el carácter vinculante de la consulta, desaprovechándose así una importante vía de intervención inmediata de la ciudadanía en el proceso de formación de la ley. Incluso, emitiendo sus opiniones desde el nivel municipal de ejercicio del poder.

Además, si los referendos solo pueden ser convocados por la ANPP, estos abarcarán materias de índole nacional, lo cual no potencia su posibilidad de constituirse en mecanismos de democracia inmediata en los ámbitos de provincias, municipios, consejos populares y circunscripciones, para la toma ciudadana de decisiones a tal escala. Es este entonces otro punto de inflexión en el cual nos alejamos del modelo *iusromanista*.

2. *Carácter renovable de los cargos de elección popular*

Otra de las principales líneas políticas que trazó el Informe Central al VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el marco del perfeccionamiento, es la renovabilidad de los cargos de elección popular.²¹ Es este el único principio del iusrepublicanismo romano que hasta la actualidad no se había reconocido en el diseño cubano. De consagrarse en una futura reforma, haría de la Constitución cubana un texto de completas bases romanistas en la concepción ordenadora de la participación y del ejercicio del poder.

Recuérdese que en el modelo iuspublicístico romano, el carácter renovable de los cargos de elección popular se erigía en un principio democrático de la *Respublica*. Hace que todos los ciudadanos puedan participar en la gestión de los asuntos públicos, pero admitir que una magistratura fuese ocupada sin límite de tiempo, conculcaba las bases republicanas y además suponía atribuir a uno de los ciudadanos una situación de privilegio.

Para precaverse contra posibles abusos de autoridad de los magistrados, la *Respublica* estableció un término fijo: un año, para el desempeño del cargo, con excepción de la dictadura que duraba un máximo de seis meses. Y la censura, que elegida cada cinco años, duraba un máximo de dieciocho meses (Tito Livio 2,1,1). Siguiendo a Tito Livio se descubre en

²¹ Disponible en: http://www.pcc.cu/congresos_asamblea/cong6.php, mayo de 2014, p. 21.

(7,42,2)²² que el requisito de la anualidad en las magistraturas permanentes, y el principio democrático que tendió a que una misma persona no ejercitase continuamente una magistratura, llegó a plasmarse en la prohibición de la *iteratio*, sancionada por primera vez en el 342 a.n.e. Prohibiéndose así que la misma magistratura pudiese ser recubierta por la misma persona antes de diez años. Ya anteriormente se había prohibido la *iteratio* para la censura, pudiendo ser censor sólo una vez. Del principio de renovabilidad se derivaba la prohibición de acumular cargos de magistrados, en el sentido de que quien desempeñaba una magistratura, no podía desempeñar otra al mismo tiempo.²³

3. Descentralización en el nivel municipal del ejercicio del poder

Del Informe al VI Congreso del PCC, y la Resolución sobre el perfeccionamiento de los órganos del Poder Popular el Sistema Electoral y la División Político Administrativa, ha derivado la necesidad a avanzar hacia una paulatina descentralización de facultades, desde el Gobierno Central hacia las administraciones locales.²⁴

Ya se ha dicho y se ha analizado, que no se concibe una república de base romanista sin municipios. Ha de remembrarse que para D'Ors²⁵ el municipio supuso la presencia de criterios más flexibles en cuanto al equilibrio entre centralización y descentralización. La relación entre la ciudad de Roma y la vida social y cultural que al interior del municipio se desarrollaba, contribuyó a que sus habitantes pudieran tener el control de los asuntos locales. Esto denota cierta autonomía, pero sin dejar de mantener una conexión política con la urbe romana y su política centralizadora. Recuérdese que en lo que se refiere a sus funciones, los municipios eligen y revocan a los magistrados anuales. Además, aprueban los decretos honoríficos del Senado, aprueban y abrogan las leyes, no sólo a nivel municipal sino que, como se vio anteriormente, intervenían en procesos decisorios a nivel de la ciudad de Roma.

²² Tito Livio, *Desde la fundación de Roma*, Libros I-II, versión de Agustín MillaresCarlo, México, UNAM, 1998, pp. 82-84.

²³ Torrent, Armando, *op. cit.*, pp. 141-145.

²⁴ Véase "Informe Central al VI Congreso del PCC". Fuente: Partido Comunista de Cuba. Sitio oficial. [en línea] Disponible en http://www.pcc.cu/congresos_asamblea/cong6.php/, mayo de 2014, pp. 14 y 30.

²⁵ Véase D'Ors, Álvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A. Editor. Gómez, S.L. Larrabide, 21, 1973, p. 148.

III. A MODO DE CONCLUSIONES

1. En el diseño político-jurídico cubano actual de la participación, sobre bases romanistas y martianas, está establecida la institucionalidad democrática, mediante la cual el pueblo ejerce la democracia inmediata que incluye necesariamente, cuando menos, el referéndum de reforma constitucional y de aprobación de la ley; la elección y revocación de la autoridad del ciudadano que ejerce el poder público y el derecho de resistencia contra los actos lesivos a su soberanía.

2. El mayor aporte del iusrepublicanismo romano al diseño político-jurídico cubano, en materia de institucionalidad democrática, se encuentra en el proceso de nominación-elección-rendición de cuentas y revocación, en el nivel municipal del ejercicio del poder.

3. Dentro de los propios límites del diseño constitucional cubano de la participación política del ciudadano en el ejercicio del poder, constituye una necesidad la modificación en la concepción de algunas de sus bases para ser consecuentes con un modelo, que desde sus raíces, ha recepcionado fundamentos romanistas, y así contribuir al perfeccionamiento de la democracia en la actual República de Cuba.

LA INTERVENCIÓN DE LA *CIVITAS*
EN LA ESFERA FAMILIAR COMO UN ELEMENTO
DE LA CONSTITUCIÓN DEL PRINCIPADO:
EL CASO DE LAS *LEGES IULIÆ**

Maren GUIMARÃES TABORDA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Público y privado en la Roma antigua*.
III. *El nuevo orden constitucional*. IV. *La familia y las leges Iuliæ*.
V. *Consideraciones finales*. VI. *Referencias bibliográficas*

I. INTRODUCCIÓN

“Publicidad” es un concepto jurídico-político de los más relevantes y por eso de muchos significados. En el sentido primero del vocablo ya hay la connotación de su íntima conexión con la esfera política —la esfera de la conducción de los negocios humanos: *público* se origina del latín *publicus*, adjetivo de lo que es relativo al pueblo. Adviniendo probablemente del cruce de *pubes* (vello que caracteriza la pubertad) con *eris* (sustantivo que indica *lucha, guerra*), usado colectivamente para designar personas del sexo masculino, adultas, en edad de empuñar armas —formar ejército— y tomar parte en las deliberaciones,¹ tal vocablo siempre fue utilizado para referirse a la

* Comunicación presentada en el XIX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Mexico, agosto de 2015. Traducción de Alfredo de J. Flores.

** Doctora en derecho público (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil). Profesora adjunta de la Facultad de Derecho (Fundação do Ministério Público – Porto Alegre, Brasil). Abogada pública (Município de Porto Alegre, Brasil).

¹ Cfr. Ernout, A. y Meillet, A. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots*. 4ª ed., Paris, Klincksieck, 1985, p. 502. De ese modo, *pubes (publicus)* junto a una forma hipotética *poplicus* sería igual a *populus*, donde *populus* es el pueblo. Tito Lívio usa el término

política, fenómeno público y coercitivo, relacionado con lo que es urbano (*urbe*), civil, público, como también lo sociable y social, según la tradición del pensamiento político que remonta a Aristóteles.²

En el mundo grecorromano, la publicidad era la condición de la democracia (o de la *res publica*): todas las decisiones importantes para la vida social deberían ser tomadas claramente, a la luz del día. La política, a su vez, fundada en la convivencia pública entre diferentes —en la pluralidad de hombres— se distinguía de todas las demás formas de convivencia humana en razón de la libertad. El mismo vivir era “estar entre hombres”, y subyace a esa tradición una idea de poder que se basa en el consentimiento y no solamente en la violencia. El poder, acción concertada que funda una comunidad, sólo puede existir en un espacio que es público, por intermedio de un “encuentro” público que hace surgir el consentimiento. De ahí que el poder (la esfera pública) es simultáneamente el espacio de las “apariencias” y el lugar de la “isonomía”, es decir un espacio en el que la interacción entre individuos iguales se da por intermedio del libre intercambio de opiniones plurales y de la acción.³

La acción, condición humana de la pluralidad, tiene raíces en la *natalidad* y no en la mortalidad, pues ella “se compromete con establecer y preservar los cuerpos políticos, crea la condición para el recuerdo, esto es, para la historia”.⁴ La organización política (*publica*) está en oposición directa a la asociación natural cuyo centro es el hogar (*oikia, domus*) y la familia. Hay, pues, una tajante distinción entre lo suyo y lo que es comunal, entre “el campo familiar y el campo político”. Por eso, “público” se opone a “privado” y *privatus* significa lo que es particular, individual (el origen latino de *privatus*: *prius* {prei-u-os} hipotéticamente quiere decir lo que está en adelan-

populus en varios momentos, para designar las doce ciudades conferadas de Etruria. Luego, la palabra es probable de origen etrusco.

² “Política”, derivada del adjetivo de *polis* (*politikós*), significa todo lo que se refiere a la ciudad. Por eso, afirma Aristóteles (*Política*, Livro I, 1252a) *verbis*: “*Observamos que toda cidade é uma certa forma de comunidade e que toda a comunidade é constituída em vista algum bem. È que em todas as suas ações, todos os homens visam o que pensam ser o bem. È, então, manifesto que, na medida em que todas as comunidades visam algum bem, a comunidade mais elevada de todas e que engloba todas as outras visará o maior de todos os bens. Esta comunidade é chamada ‘cidade’, aquela que toma a forma de uma comunidade de cidadãos*”. (Aristóteles, *Política*, tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes, edição bilingue, 1ª edição em português feita a partir do grego, Vega, Lisboa, 1998, p. 49).

³ Arendt, Hannah, *Poder e violência*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2001, p. 36.

⁴ Arendt, Hannah, *La condición humana*, tradução da 1ª edição de *The Human Condition*, por Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós, 1993, p. 23.

te; después, lo que está aislado ante los demás).⁵ En la esfera de lo privado, lo que unía los hombres se configuraba en los penates y dioses domésticos, y la fuerza y la violencia se justificaban porque eran los únicos medios para dominar la necesidad. Lo “público” es la libertad y sólo el extraordinario sentido político de los romanos mantendría las esferas separadas, pero coexistentes. Así, a la esfera pública pertenece la acción, la libertad, la *lex publica*, la ordenación de la sociedad; a la esfera privada corresponde el labor (ya decía H. Arendt), la necesidad, la *lex privata*, la ordenación de la familia y de los negocios intrafamiliares.

El concepto de *auctoritas* demuestra bien tal dualidad, una vez que ese principio ejerció función decisiva en la regulación de la familia y de la *civitas*. En efecto, la vida familiar romana se basaba en relaciones autoritarias de supremacía del *pater*. La soberanía doméstica determinaba dominio absoluto sobre personas y bienes: junto a los esclavos y extranjeros, que en el campo del derecho privado se sometían a su dominio o podrían someterse, se encontraban todas las personas sometidas a la *potestas* que, en el derecho privado, están en propiedad ajena, pero desde el punto de vista de la *civitas*, las cuales se denominan *liberi*, en contraposición a los esclavos. Por eso, fuera de la relación misma de supremacía no podían existir relaciones de derecho privado entre el titular del poder y sus sometidos. Porque la vida del Estado también estaba organizada según el principio de la autoridad, todo el derecho de las magistraturas se ha construido con la finalidad de valorarla y conservarla. En las manos de los titulares del *imperium* (supremacía del Estado que se personifica en el magistrado), y también de los censores, ediles y tribunos, residía la pública disciplina, así como en las manos del *paterfamilias* la disciplina doméstica. El poder (*potestas*) de los magistrados significaba la competencia para expresar, a través de su voluntad, la voluntad de la *civitas*, lo que le genera derechos y obligaciones. He ahí la causa de que la *potestas*, en el derecho romano, tenga dos significados: primero, cuando se ejerce en el ámbito familiar o de las relaciones entre familias; segundo, cuando se ejerce por aquél que detenga *imperium*.⁶

En Roma, mediante la ascensión de Octavio, se instituye un nuevo orden constitucional basado en cuatro instituciones: un rey salvador deificado; un Estado mundial en el que las ciudades-estado locales constituyen células del cuerpo político; un ejército profesional; y un servicio público civil pro-

⁵ Cfr. Ernout, A. y Meillet, A., *op. cit.*

⁶ Sobre esas consideraciones, véase, principalmente: Schulz, Fritz, *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 187 a 209; Mommsen, Theodor, *Compendio del Derecho Público Romano*, Editorial Impulso, Buenos Aires, 1942, pp. 11-19; Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, 5ª ed., Madrid, Reus, 1994, pp. 38 y 39.

fesional. El expediente político utilizado tenía doble faz: para los pueblos al Este, se les mostraba a Octavio como un rey-salvador deificado; para el pueblo romano, se usaba una máscara, ejerciendo su autoridad absoluta e incuestionable como que disponiendo virtualmente de los poderes constitucionales reunidos de las principales magistraturas de la República romana. La reforma de las costumbres —de la familia—, de otra parte, hace parte de su proyecto político, como un elemento de propaganda.

Propaganda es publicidad cuando deja de tener la virtualidad de racionalizar la dominación política y pasa a servir a la manipulación del pueblo en la misma medida en que se constituye en legitimación ante él: el “pueblo” es citado todavía para la aclamación, pero está tan lejos del ejercicio y de la distribución del poder que su racionalización mal puede aún ser estimulada a través del principio de la publicidad, del hacerse público. Político genial (tal vez el más grande de Roma), Augusto comprendió que la natalidad es el centro de la vida política, de donde era preciso adoptar una política de estímulo de aumento de la población libre, como también de garantía de posiciones para las clases altas. Eso explica el contenido de las *leges Iuliae* sobre la familia, que acompañaron la reforma del Estado. Al utilizar la moralización de las costumbres con la intención claramente propagandística, Augusto acabó por ganar la adhesión social para su proyecto de instauración de un nuevo orden constitucional ⁷, el que perduró más de 200 años.

Partiendo de eso, se aclara que es objetivo de esa investigación analizar el momento especial de transformación de la constitución romana en que la *civitas* interfirió en la familia, sirviendo para la reforma de las costumbres como elemento de propaganda. Para ello, es preciso explicar el significado de la dicotomía público-privado en el final de la República (I), la nueva estructura constitucional (II) y el caso de las *leges Iuliae* sobre la familia (III).

II. PÚBLICO Y PRIVADO EN LA ROMA ANTIGUA

La dicotomía público-privado es categoría central de las disciplinas sociales y, en general, históricas, entre las cuales el derecho, el que a través del uso constante y continuado, tiene por función delimitar, representar y ordenar el campo de investigación. La relación público-privado es presupuesto esencial de la esfera política, y no de la esfera económica o jurídica, porque tales nociones son limitativas entre lo político y lo no-político y son capaces de determinar específicamente el dominio de lo político. Así, Paul Veyne anota:

⁷ Burdese, Alberto, *Manuale di diritto pubblico romano*, 3ª ed., Torino, UTET, 1987, p. 153.

“En lo privado se encuentra lo más precioso que poseemos, lo que pertenece solamente a nosotros y no se refiere a nadie más; lo que no debe ser divulgado, expuesto, pues es muy diferente de las apariencias que la norma exige guardar en público”.⁸

1. *La familia como idéntica a la civitas*

Si cualquier sociedad es forzosamente política, la vida humana queda escindida, de un lado, entre una vida pública que hace con que el hombre sea parte inevitablemente de una unidad política, y de otro, una vida privada, que hace con que él conserve con sus semejantes los lazos de reciprocidad y de asociación.⁹ La antigüedad grecorromana, entre tanto, no conoció la distinción del *ius* hasta, por lo menos, el Bajo Imperio romano, la que, a su vez, fue ganando consistencia mediante el progreso de la noción de Estado, aunque griegos y romanos tuviesen la noción de justicia distributiva y correctiva. La génesis de la sociedad arcaica nos ofrece la explicación: la familia, donde se centra el derecho privado, es un organismo político, idéntica a la *civitas* o a la *polis*. El *paterfamilias* es, al mismo tiempo, rey, sacerdote y propietario. La ley, entre romanos, griegos e hindús, era, primordialmente, parte de la religión; de ahí que los códigos antiguos eran conjuntos de ritos y prescripciones litúrgicas, además de reglas de conducta social. Las reglas relativas al derecho de propiedad y al derecho de sucesiones, por ejemplo, se encontraban junto a las relativas a los sacrificios, a la sepultura y al culto de los antepasados. Paolo Coliva¹⁰ asevera:

(...) el único modo conocido de definición de la *respublica romanorum* está en la fórmula dominante *Senatus populusque romanus*, que exprimía, en esa aproximación no-disyuntiva, los dos componentes fundamentales y permanentes de la *civitas* romana: el Senado, núcleo de las familias gentílicas, originarias, representada por los *patres*; y el Pueblo, o grupo de *demos*, progresivamente integrado y urbanizado que pasó a hacer parte del Estado con la caída de la monarquía.

Por eso, había en Roma una religión pública y otra doméstica; un Derecho penal público y un Derecho penal privado; la distinción está siempre

⁸ Veyne, Paul, *História da vida privada. Antigüidade ao ano mil*, São Paulo, Companhia das Letras.

⁹ Freund, Julien, *La essence du politique*, Paris, Sirey, 1965, p. 15.

¹⁰ Colliva, Paolo, en Bobbio *et al* (org.), *Dicionário de política*, Brasília, UnB, 1996, p. 986, s.v.: “Povo”.

basada en las diversas esferas a las que se refiere el delito y la necesidad de su represión. El delito es público cuando ofende al Estado; es privado cuando la ofensa es hacia la *gens*, incluso de uno de sus miembros. La principal característica del Estado romano primitivo es el persistente carácter voluntario y privado de la administración de la justicia —la *iuris dictio*. Transcurren mil años o más hasta que el proceso pasase para las manos de la autoridad pública o del magistrado; y aún más, la crisis que transformó el proceso en enteramente público, iniciando la jurisdicción del Estado, coincide precisamente con la crisis de la romanidad.¹¹

2. Ius publicum vs. Ius privatum

La distinción público-privado se aplicaba al *ager* (tierra) y a la *lex* —no al *ius*. El término *publicum* fue asociado al *ius* para designar regla obligatoria para todo el *populus*. En Cícero, surge el primer punto de esa división, pero él no la piensa con el significado que se conoce hoy día: la distinción visaba separar el derecho que pone en vigor la voluntad del Estado de aquél que adviene de la voluntad de los particulares. Ella no implicaba en una verdadera división del *ius*, relativamente a su objeto y finalidad, pero solamente se refiere a su fuente inmediata. Bajo la denominación de *ius publicum* también eran comprendidos intereses político-religiosos. La distinción, como la conocemos, sería una influencia de ideas extranjeras a la tradición romana, propias del período de expansión mundial, pues el *ius civile* se vio sorprendido por una súbita transformación económica y social, que destruyó sus bases imponiendo la adopción de derechos extranjeros.

En resumen, en el período de expansión económica, en que la comunidad inicialmente formada por patricios y plebeyos se transformó en el centro y capital del Imperio, se desvanece el paralelismo entre derecho público y privado y la organización del derecho público encuentra su definitiva fisonomía. El *ius publicum* se refería a todas las reglas jurídicas en que estaba implicado el *populus* y creció rápidamente a expensas del derecho privado (sustitución de los delitos privados por los delitos públicos; generalización de la justicia promovida por funcionarios). Derecho público y derecho privado pasaron a constituir la división suprema del *ius*, salvaguardando intereses de los particulares o defendiendo los intereses del Estado, desembocando así en la definición que aparece en el *Corpus Iuris*. Importa señalar que el derecho

¹¹ Bonfante, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, Centro de Enseñanza y Publicaciones, s.d., pp. 143-149.

público no cesó de pretender dominar la esfera del derecho sagrado. Por eso dice Ulpiano:¹²

Dos son los aspectos de este estudio, el público y el privado. Es derecho público, el que se refiere al estado de la cosa romana; privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles pública, y otras privadamente. El derecho público consiste en las cosas sagradas, las de los sacerdotes, y de los magistrados. El derecho privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o de los de gentes, o de los civiles.

III. EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL

Antes de Augusto, Cesar ya había puesto las bases del nuevo orden constitucional, cuya finalidad era levantar en el orden político, militar, intelectual y moral su nación del decaimiento a que había llegado. Fundador de una monarquía militar, una “democracia a la romana”, su divisa y pensamiento fuera la de “mejorar la suerte de los deudores, colonización transmarítima, nivelación insensible de las clases en el Estado y poder ejecutivo independiente de la supremacía del Senado.”¹³ La monarquía absoluta, así, se hacía la solución indispensable y lógica cuando él era declarado “emperador perpetuo”.

1. *La consolidación de la monarquía militar*

Octavio, cuando aclamado como Augusto, inicia el proceso de consolidación de la monarquía militar, ganando, progresivamente, nuevos poderes. El poder del emperador no excedía, en principio, al poder consular y proconsular, tribunicio y pontificio. Poco a poco, se concentran los poderes supremos, militar, judicial y administrativo en la persona del príncipe, de modo que va a conquistar la supremacía religiosa en la ciudad, el derecho a decretar, donde sus decretos tienen fuerza de ley y el Senado queda rebajado a mero cuerpo consultivo, y se resucitan el patriciado y la prefectura urbana. El monarca puede nombrar, por adrogación, un sucesor.¹⁴ Según

¹² Ulp. D.1,1,1 pr.-2. Textos del Digesto de García del Corral, D. Ildenfonso (trad.), *Cuerpo del derecho civil romano*, Lex Nova, Valladolid, 1989, p. 197. A partir de ahora, las citas del *Corpus iuris* (Digesto, Institutas, Código, Novelas) son de esta obra.

¹³ Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, traducción de A. García Moreno, Madrid, Turner, 1983, t. V, p. 1863.

¹⁴ Tácito, C. Cornelio, *Anais*, libro I, 2, Ediouro, São Paulo, s/d.

Suetonio,¹⁵ Augusto deja “una ciudad de mármol donde se encuentra una ciudad de tejuelo”, restablece ceremonias religiosas antiguas, como el augurio de salvación, lupercales, flaminato de Júpiter, los juegos seculares y los juegos en honor a los dioses lares.¹⁶ Restringió las reuniones del Senado a dos por mes, prohibiendo la publicación de sus actos. Creó nuevos cargos en el Estado (curatela de los monumentos públicos, estradas, aguas, distribución de granos) y muchas recompensas al mérito militar. Elevó el censo de los senadores para 1.200 sestercios, hizo muchos donativos al pueblo y construyó acueductos, ultrapasando a todos sus predecesores en lo que toca a la frecuencia, variedad y magnitud de los espectáculos públicos.¹⁷ En los anfiteatros, separó los soldados del pueblo, prohibió el uso del color negro en vestimentas, estableció lugares a parte para las vestales y no permitió que mujeres viesan gladiadores.

La consolidación del poder imperial se hizo por intermedio de leyes, *senatus-consulta* y plebiscitos, de modo a conferir legitimidad al nuevo régimen. De ahí la *Lex de nomine Augusto Cæsari tribuendo*, de 28 a.C, en la que se le atribuye el nombre de Augusto¹⁸; la *Lex Pacucia da mense Sextil*, de 27 a.C, que da el nombre de Agosto para el sexto mes; la *Lex Octaviani dictadura*, de 18 a.C que Octavio recusó;¹⁹ la *lex Iulia de suffragis in iudiciis*, de 22 a.C; la *lex Iulia de collegis*, de 21 a.C., en la que Augusto disuelve los colegios existentes y subordina la formación de nuevos a la aprobación preventiva del Senado; la *lex Iulia de ambitu*, de 18 a.C., propuesta al *concilia plebis*, en la que se establece multa por corrupción y pena de deportación por la violencia (*acqua et ignis interdictio*²⁰) y *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, de 17 a.C., en

¹⁵ Suetonio, *A Vida dos Doze Cesares*, Ediouro, São Paulo, s/d, p. 62.

¹⁶ *Ibidem*, p. 66.

¹⁷ *Ibidem*, p. 71.

¹⁸ Existe duda si tal ley fue un SC o una *lex rogata* propuesta por *L. Munatius Plancus*. Cfr. Rotondi, Giovanni, “*Leges publicae populi romani*”, *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Hildesheim-Zurich-New York, Olms, 1990, pp. 448-449.

¹⁹ Augusto, *Res Gestae* “§5. Durante el consulado de Marco Marcelo y Lucio Arruncio no acepté la magistratura de Dictador, que el Senado y el pueblo me conferían para ejercerla tanto en mi ausencia cuanto durante mi presencia [en Roma]. No quise [empero] declinar la responsabilidad de los aprovisionamientos alimentarios, en medio de una gran carestía; y de tal modo asumí su gestión que, pocos días más tarde, toda la Ciudad se hallaba desembarazada de cualquier temor y peligro, a mi sola costa y bajo mi responsabilidad. No acepté el consulado que entonces se me ofreció, para ese año y con carácter vitalicio.”

²⁰ Tácito, *Annales*, libro I, 2, p. 14. PS. 5,30,1. *Petiturus magistratus uel prouinciae sacerdotium si turbam suffragiorum causa conduxerit, seruos aduocauerit aliamue quam multitudinem conduxerit, conuictus ut uis reus in insulam deportatur*. Texto de Paulo en Spruit, J. E., Bongenaar, *Gaius en Paulus*, Zutphen, De Walburg Pers, 1984, p. 208.

que queda establecida la duración del proceso en máximamente dieciocho meses, entre otras disposiciones.

En el plano privado, estableció leyes suntuarias (*lex Iulia sumptuaria*, de 18 a.C.), limitando los gastos con banquetes; hizo leyes limitando el lujo de las mujeres (*lex Iulia de vestitu et habitu*) y el lujo de las construcciones (*lex Iulia de modo edificiorum urbis*), como también leyes sobre adulterios; prohibió casamientos entre los diferentes órdenes, restringió la duración de los esponsales, impuso límites al divorcio y restringió las manumisiones, imponiendo a aquellos puestos a hierro o sometidos a la tortura el estatuto infamante de *dedicticios*.²¹

2. *Fundamentos políticos-ideológicos del régimen*

Es posible ubicar la inspiración del nuevo régimen en las tesis de Polibio,²² que alaba a las constituciones de Esparta y Roma, porque son constituciones mixtas, o sea una “mezcla, combinación, integración, fusión” de las tres formas clásicas de gobierno, monarquía, aristocracia y democracia. Cuando habla de la constitución de Esparta, asegura Polibio (*Historia*, VI, 10) que fue pensada “de tal manera que ninguno de sus componentes pudiese crecer indebidamente y degenerar en los males a ellos inherentes, y que, siendo la fuerza de cada uno contrarrestada por la de los otros, y así la constitución permaneciese por largo tiempo en estado de equilibrio, como una nave atravesando el mar en contra del viento”. De acuerdo con Polibio, el gobierno mixto es ideal por tener estabilidad, imparcialidad (evita que una clase o grupo prevalezca sobre los demás) y por-

²¹ Gai. 4,30: (...) Así, pues, estas acciones de la ley fueron abolidas por una ley Ebuca y de las dos leyes Julias, a partir de las cuales litigamos mediante términos prescrito, es decir, mediante fórmulas”; 31: “Únicamente se conservan las acciones de la ley en dos casos: para el daño temido y si se trata de un juicio antes los centunviro (....)”; 104: Son juicios legítimos los que se celebran en la ciudad de Roma, o dentro de la primeira milla a la redonda, entre ciudadanos romanos y ante un juez único. Estos juicios, en virtud de la ley Julia judicialia, expiran si no son fallados antes del año y seis meses. De ahí lo que se dice vulgarmente de que, por la ley Julia, el litigio muere al año y seis meses.” Texto en: Domingo, Rafael. (coord), *Textos de Derecho Romano*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 203-224 (a partir de ahora, las citas de Gayo son de esa edición). Véase, además, D.48,16,3 pr.-2: “Macer; *De los Juicios públicos, libro I* - Hay un juicio de prevaricación público, y otro introducido por las costumbres. 1. Porque si el reo le opusera en el juicio público excepción al acusador, porque dijera que él había acusado del mismo delito por otro, y había sido absuelto, si dispone en la ley Julia de los juicios públicos, que no sea acusado antes que constare respecto a la prevaricación de primero acusador y si hubiere fallado; luego el fallo sobre esta prevaricación se entiende que es de juicio público.”

²² Polibios, *Historia*, traducción de Mário da Gama Kury, UnB, Brasília, 1996, pp. 331 y 332.

que impone el control de poder de una clase o grupo sobre otro (verdadero y auténtico precedente histórico del *balance of powers*).

El régimen también se inspiró (aparentemente) en las tesis de Cícero, aunque el resultado fuese la abolición, en parte, de las libertades republicanas. Para Cicerón, República es cosa del pueblo, de la multitud. Ninguna de las tres formas clásicas de gobierno satisface aisladamente: la mejor es una cuarta forma, que combina elementos de las tres —es la Constitución mixta. En el consejo (Senado) está la nobleza, la libertad, en el pueblo.

Cicerón aceptó la necesidad de confiar la *res publica* a una persona grande y poderosa para acabar con la anarquía y educar a los ciudadanos en la virtud, regulándolos por las costumbres y las leyes sanadas de la *res publica*. Roma es entonces concebida como un pueblo organizado, no solamente bajo el fundamento de la utilidad común, sino que, antes de todo, está bajo la convivencia jurídica, lo que, respecto a la comunidad humana, ocupa una posición central, capaz de organizar al mundo. El Estado, a su vez, se conserva mediante la educación de las costumbres, la observancia de los *mores maiorum*, culto del honor y de la virtud cívica.²³ Es sometida al censor la actividad de los poetas dramáticos y, al varón, cabe la corrección conveniente de la esposa. Es precisamente esa la inspiración de Augusto, cuando asume los poderes de *censor*.²⁴

Con gran tino político, Augusto ha sopesado la fuerza con el liberalismo. En su propaganda, promovió el Estado en contra de los abusos contradictorios entre la oligarquía y la democracia, como también combinó el poder militar con el material que quedaba de las instituciones republicanas. Además, ha conciliado en su persona el poder aristocrático de los cónsules

²³ Cícero, *Res Publica*, I, XXV. “É pois, — começou o Africano, — a República coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum.”; XXIX. “Quase sempre o pior governo resulta de uma confusão da aristocracia, da tirania faciosa do poder real e do popular, que às vezes faz sair desses elementos um estado de espécie nova; é assim que os Estados realizam, no meio de reiteradas vicissitudes, suas maravilhosas transformações. O sábio tem a obrigação de estudar essas revoluções periódicas e do moderar com previsão e destreza o curso dos acontecimentos; é essa a missão de um grande cidadão inspirado pelos deuses. Por minha parte, creio que a melhor forma política é uma quarta constituição formada da mescla, e reunião das três primeiras; (...)”; XXXV. “(...) Com razão me perguntas qual das três é preferível, porque nenhuma isoladamente aprovo, preferindo um governo que participe de todas. (...) Para resumir: a monarquia nos solicita pela afeição; a aristocracia, pela sabedoria; o governo popular, pela liberdade, e, nessas condições, a escolha se torna muito difícil”. Texto en lengua portuguesa en: *Epicuro, Lucrecio, Cícero, Séneca e Marco Aurélio, Coleção “Os Pensadores”*, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

²⁴ Cícero, *Res publica*, V, V: “Quanto ao que se relaciona com a vida privada, nada há de mais útil e necessário à vida e aos costumes do que o matrimônio legal, os filhos legítimos, o culto do lar doméstico, para que todos tenham assegurado seu bem-estar pessoal no meio da felicidade comum. Em suma, não há felicidade sem uma boa constituição política; não há paz, não há felicidade possível, sem uma sábia e bem organizada República.”

y el poder democrático de los tribunales. Sin crear *potestates* nuevas, gobierna por su autoridad; adoptando la tesis de la Constitución mixta y tripla, Augusto controló las armas, la Justicia y la religión a través de la *Cura Morum*. Manteniendo la ideología de la República, la nueva constitución preserva la vocación jurídica y liberal de Roma, fundando lo que más tarde se llamaría “monarquía esclarecida”.²⁵ Así, por primera vez y de un modo contundente, el Estado (la *civitas*) interfirió en la esfera familiar, para disciplinarla de forma a atender a las finalidades colectivas.

IV. LA FAMILIA Y LAS *LEGES IULIAE*

La determinación de la posición de la familia en el ordenamiento jurídico, principalmente en relación con la máxima organización jurídico-política que delimita y funda el ordenamiento mismo, siempre constituyó un problema delicado. Familia es institución y, como tal, posee elementos de derecho público y privado. Familia es la comunidad mínima originaria, base de la organización social. La verdadera significación de la familia es la propiedad: designa el campo, la casa, el dinero, los esclavos. Es la familia una pluralidad unificada por intermedio de su jefe, de modo tal que revela, inmediatamente, el nexo axiológico entre la idea de autoridad y de legitimidad. El poder del monarca se legitima en virtud de la analogía entre la familia y la comunidad ciudadana; refiriendo a la autoridad política la autoridad paterna, se reduce el estado a la familia, lo que la pone como paradigma. Para Séneca, “la familia es una pequeña república”.

1. *La familia primitiva*

La familia romana no resulta de vínculos de sangre; es, antes de todo, una estructura jurídica (*iure proprium familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut iure subiectae*).²⁶ La familia primitiva, la *gens* o la tribu no

²⁵ Augusto, *Res Gestae* “§ 34. Durante mis consulados sexto y séptimo, tras haber extinto, con los poderes absolutos que el general consenso me confiara, la guerra civil, decidí que el gobierno de la República pasara de mi arbitrio al del Senado y el pueblo romano. Por tal meritoria acción, recibí el nombre de Augusto, mediante senadoconsulto. (...) Desde entonces fui superior a todos en autoridad, pero no tuve más poderes que cualquier otro de los que fueron mis colegas en las magistraturas” (realce nuestro). En <http://www.thelatinlibrary.com>, el 27 de febrero de 2015.

²⁶ Ulp. D.50,16,195,2 “*A denominação de ‘família’ se refere também à significação de alguma corporação que está compreendida ou no direito próprio de seus mesmos indivíduos, ou no que é comum a toda cognação. Por direito próprio chamamos família a muitas pessoas que, ou por natureza, ou de direito, estão sujeitas ao poder de um só, por exemplo, o pai de família, a mãe de família, o filho de família, a filha*

poseen naturaleza distinta de la del Estado, pues son aglomeraciones nacidas para el orden y defensa, siendo uniformes en su composición.²⁷ Realizan todas las actividades propias del Estado y, con eso, el vínculo que liga las personas a los grupos sólo aparentemente es sanguíneo. La *gens* no es otra cosa sino el núcleo político precedente a la *civitas*, una aglomeración de familias que reivindican un ancestro común y que, según las circunstancias o fortuna de una determinada *gens*, puede constituir con sus propios sujetos y esclavos una gran casa, un burgo o municipio.

En el lenguaje de la Ley de las XII Tablas, *familia* es tanto las cosas cuanto las personas,²⁸ designando todo el complejo de las cosas del Derecho, que tenía el *paterfamilias* como jefe instituido, confiriéndole simultáneamente la titularidad sobre el patrimonio esencial y permanente del grupo, mismo que sobre las cosas extra-patrimoniales (*sacra* y *sepulchra*). Por consiguiente, la familia constituía el objeto de la *hereditas*, de modo que en las fuentes, los términos están conectados: habla-se en *familiam habeto*, *familia pecuniaque*,²⁹ *mancipatio familiae*, *familiae emptor*, *actio familiae erciscundae*.³⁰ En el mundo romano imperial, precisamente después de las reformas de Augusto, la familia servía al interés del Estado así como del individuo; el derecho familiar romano, entre tanto, es parte del derecho privado.

En la familia romana, hasta la República, las mujeres estaban sometidas a la tutela agnaticia, cuyo fundamento se ponía en el hecho de que las mujeres no participaban de la esfera pública —el campo de la política— y no tenían cualquier poder sobre los demás (la mujer es el inicio y el fin de su

de família, e os demais que seguem em lugar destes, como os netos e as netas e outros descendentes. Porém se chama 'pai de família' o que tem o domínio da casa; e com razão é chamado com este nome, ainda que não tenha filho; porque não designamos só a pessoa dele, senão também seu direito."

²⁷ Bonfante, *Instituciones...*, cit., p. 143-149. Véase crítica a esa concepción por Voci, Pasquale, "Esame delle tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica", en Lauria, Mario (org.), *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, Jovene, 1956, t. 1, pp. 101-146.

²⁸ Ulp. D.50,16,195,1: "*Vejamos de que maneira se entende a palavra 'família'; e certamente está admitida com variedade, porque se aplica às coisas e às pessoas; às coisas, como na Lei das Doze Tábuas com estas palavras: 'o agnado próximo tenha a família'; porém a palavra família se refere às pessoas quando a lei fala do patrono e do liberto: 'desta família', diz 'aquela família'; e é sabido que aqui a lei fala de pessoas singulares*".

²⁹ Véase Gai. 2,104: "...el testador vende formulariamente su familia a outro, en cuyo acto el comprador de la familia pronuncia estas palabras: AFIRMO QUE ACEPTO EL ENCARGO SOBRE TU FAMILIA Y BIENES, PONIENDO BAJO MI CUSTODIA..."

³⁰ Sobre la *actio familiae erciscundae*, véase Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico*, Traducción de *Classical Roman Law*, por José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960, p. 45; Lenel, Otto, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel* 1, Trad. de Frédéric Peltier, revisada por el autor, Paris, Librairie de La Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1901, pp. 236 y ss. Mantovani, Dario. *Le formule del processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, CEDAM, 1999, pp. 60 y 61, 201 y 202.

propia familia).³¹ En lo que concierne a ellas mismas, en el trato de sus negocios, no eran ellas, con todo, consideradas congénitamente incapaces. En el final de la República ha caído la base consuetudinaria de la *tutela mulierum* y quedó evidente que se trataba de una institución absolutamente irracional.³² En particular, Gayo 1,190:

Pero, para que las mujeres de plena edad estén en tutela, ninguna razón puede convencer suficientemente; pues lo que vulgarmente se cree, de que es justo que sean gobernadas por la autoridad de los tutores, debido a que están frecuentemente expuestas a engaño por su ligereza, resulta una razón de más apariencia que verdad; pues las mujeres de plena edad realizan los negocios por sí mismas, y en algunos casos el tutor interpone su autoridad por pura fórmula; y frecuentemente contra su voluntad, obligado por el pretor.³³

Antes de las leyes Julias y de la supresión de la tutela agnaticia, en situaciones especiales, una mujer podría, socorriéndose de la *Lex Atilia de tutore dando*, de 210 a.C., exigir que el pretor urbano le nombrase un tutor para garantizar a sus actos jurídicos todas las condiciones formales de validez; práctica esa que, durante el Imperio, se extendió hacia Italia y las provincias.³⁴ Mera formalidad, se consideraba que los actos eran practicados exclusivamente por la mujer y estas, contrariamente a las impúberes, no po-

³¹ Ulp. D.50,16,195,5 *Mulier autem familiae suae et caput, et finis est.*

³² Schulz, F., *op. cit.*, pp. 174 y 175.

³³ Wilmar Taborda, con base en la lección de Schulz, explica: “no último antes de nossa era, as mulheres romanas não se contentaram mais com a roca, o fuso e os cuidados da casa, começaram a tomar parte na vida pública, embora continuassem excluídas dos comitia, do Senado e das magistraturas. Exemplo significativo sobre a participação das mulheres no mundo dos negócios é o caso de Terência, mulher de Cícero, que administrou seus próprios bem com independência absoluta, valendo-se tão-somente da ajuda de seus libertos, pois não se encontrava in manu, e não há notícia de que estivesse sob tutela.” en: *Poder político e Direito de Família: o sujeito de direito no âmbito da família. Uma visão histórico-política*, Porto Alegre, AGE Ltda, 2010, p. 86.

³⁴ Gai. 1,185: “Si alguien carece de tutor de todo género, le nombran un tutor, en Roma, em virtud de la ley Atilia, el pretor urbano y la mayoría de los tribunos de la plebe, el cual el tutor se llama Atiliano; en las provincias, en virtud de la ley Julia y Ticia, los gobernadores de las provincias”. Tal ratificación puramente formal, según Yan Thomas, se hacía necesaria en los siguientes actos: para contraer una obligación de acuerdo con las normas antiguas del derecho civil: o sea por una promesa solemne y unilateral, que no era explícitamente garantizada por cualquier contrapartida. En segundo lugar, para enajenar un bien cuya transferencia exigía el acto formalista de la *mancipatio*: tratándose de un bien de raíz, de propiedades construidas e de esclavos. La formalidad de la aprobación de tutor, entre tanto, era superflua: a) para contraer casamiento; b) para constituir una dote (excepto bajo la forma estipuladora de la promesa); c) para hacer testamento; d) para hacer contratos; e) para enajenar bienes cuya transferencia no exigiese el rito de la *mancipatio* (o sea, de hecho, todas las mercaderías); f) para resarcimiento de deudas; g) para aceptar una sucesión. Véase Thomas, Yan,

dían intentar acciones para resarcirse de danos sufridos a causa de gestión imprudente o deshonesto de la tutela.³⁵

2. La importancia de las leyes Iuliae en la nueva constitución

La novedad de las *leges Iuliae* fue la institución de un orden moral relativamente igualitario, en la medida en que retiraba del *paterfamilias* muchos de sus poderes originales. Por la *lex Iulia de maritandis ordinis*, llevada a los consejos, se prohibía a los senadores y sus hijos e hijas que celebrasen esponsales o tomaran como esposa(o) a libertos, o hijos de aquellos que hayan ejercido el arte escénico.³⁶ A causa de reforma de costumbres, fue propuesta en virtud de la *tribunicia potestas* al *concilium plebis* para fines de concederse a Livia el *iustum liberorum*, teniendo encontrado oposición del comicio.³⁷ En la interpretación de los juristas, tal ley fue vinculada a la *lex Iulia Pappia et Poppae* y a la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, ambas de 18 a.C.

Entre las finalidades de las leyes estaban: a) encorajar al matrimonio y la procreación, instituyendo el *ius liberorum* a las mujeres que tuviesen llevado hasta el final tres gestaciones, (cuatro, se fuesen libertas). Libres de la tutela legal, ellas mismas gestionaban su patrimonio, exceptuado la dote, ese confiado a la administración del cónyuge (Cicerón, *De legibus*, III, 3); b) la disminución de los impedimentos derivados de la *patria potestas* y del patronato; c) invalidar a los juramentos de celibato y viudez; d) obligar al casamiento a todos los ciudadanos, hombres y mujeres, respectivamente entre 25 y 60 y entre 20 y 50 años; e) disminuir la edad legal para el ingreso en la magistratura, que pasa a depender del número de hijos; e) limitar el ingreso de celi-

“A divisão dos sexos no direito romano”, en: *HISTÓRIA das mulheres – Antiguidade*, Porto-São Paulo, Afrontamento-Ebradil, 1993, p. 186.

³⁵ Gai. 1,192: “...no se concede a la mujer ninguna acción derivada de la tutela, mientras que cuando los tutores realizan negocios de los pupilos o pupilas tienen que rendir cuentas después de la tutela de éstos, merced a una acción de tutela”.

³⁶ Suetonio, *O Divino Augusto*, Livros Horizonte, Lisboa, 1975, p. 34. Además, Paul. (*Comentarios a la ley Julia y Pappia*, libro I) D.23,2,44 Dispone en la ley Julia de este modo: “Ninguno que es Senador, o el que es o *fuere* su hijo, o nieto habido de un hijo, o bisnieto habido de un hijo nacido de cualquiera de ellos, tenga a sabiendas con dolo malo por esposa o mujer una libertina, o a la que ella misma, o su padre o madre, representa, o hubiere representado, en las diversiones publicas; ni la hija de un Senador, o la nieta nacida de un hijo, o la bisnieta ha de un nieto nacido de un hijo se considere desposada o casada a sabiendas y con dolo malo con un libertino, o con el que el mismo, o su padre o madre, representa, o hubiere representado en las diversiones publicas; y ninguno de estos la tenga con dolo malo y a sabiendas por esposa o por mujer”.

³⁷ Mommsen, *Compendio del Derecho Publico...*, cit., p. 442.

batarios en fiestas y espectáculos públicos; f) exencionar al hijo de liberto de la *opera*, desde que este tuviese más de un hijo (no gladiador, ni comediante); g) retirar la cuota viril del patrono en relación con el patrimonio de liberto rico y con tres o más hijos;³⁸ h) extinguir la tutela sobre liberta con cuatro hijos, salvo el derecho a la cuota viril; i) aumentar la capacidad sucesoria de 1/10 sobre otro pariente sucesible en razón de hijo supérstite del matrimonio o hijo nacido y muerto después de 9 (nueve) días; j) mantener pura la raza y regular las condiciones de los hijos de matrimonios mixtos. La actividad de la Jurisprudencia se ejerció largamente sobre esas leyes limitativas.

Disponiendo sobre el adulterio y el estupro, la *lex Iulia de adulteriis coercendis* constituyó una de las innovaciones más enérgicas y durables que registra la historia del derecho penal romano, una vez que los atentados a la castidad de las mujeres eran disciplinados, hasta el advenimiento de la ley, por los tribunales domésticos, en la propia familia, y no por el Estado, en juicios públicos y pasibles de pena criminal.³⁹ Los juicios públicos eran llamados de esa manera porque su ejecución era conferida a cualquier individuo del pueblo.⁴⁰ Por dicha ley, se castigaba no solamente a los violadores de nupcias ajenas, como también a los estupradores, aunque lo hiciesen sin violencia, a una virgen o viuda honesta. El proceso presentaba numerosas e importantes particularidades de procedimiento,⁴¹ donde se iniciaba por una *questio* especial bajo la presidencia del pretor; en las provincias, el proceso iniciaba ante el gobernador.

Por casamiento no se comprendía solamente las *iustas nuptias* sino todas las relaciones monogámicas, y la ley era relativamente igualitaria porque el cómplice del adulterio podría ser penalizado.⁴² En los términos de la ley, sólo el *pater* podría matar a una hija en adulterio, desde que el acto fuese cometido en la casa paterna (Paulo, *Sentencias* 2,26,2; D.48,5; C.9,9). El ma-

³⁸ Gai. 3,42 "...En efecto, dispone aquella ley que cuando el liberto deja un patrimonio de cien mil o más sestercios... Si deja tres, el patrono queda excluido".

³⁹ Mommsen, Theodor, *Droit penal romain*, traducción de la lengua alemana por J. Duquesne, Paris, Albert Fontemoing, Éditeur, 1907, t. II, pp. 416 y ss.

⁴⁰ I.4,18,1 "Los juicios publicos ni si ordenan por medio de acciones, ni tienen absolutamente nada semejante con los demás juicios de que hemos hablado, y es grande la diversidad de los mismos así en su principio como en su ejecución. 1.- Mas se llaman públicos, porque la ejecución de ellos se da la más de la veces á cualquier individuo del pueblo".

⁴¹ En la investigación de adulterio, era posible torturar a todos los esclavos de la casa al tiempo en que se cometió el delito, independientemente de que fuesen del hombre o de la mujer. C.9,9,32.

⁴² C.9,9,8 "La Ley Julia sobre el pudor veda que por la misma causa se constituyan al mismo tiempo dos reos de adulterio, hombre y mujer; pero por su orden es lícito acusar a ambos".

rído, en que pese poder matar a la mujer en flagrante adulterio; se no la matase, quedaba obligado al divorcio, bajo pena de *lenocinium*. Sólo podría matar al cómplice en determinados casos. Cuanto a la acción, el plazo era de prescripción extintiva: 30 (treinta) días para el marido, 60 (sesenta) al padre, subsidiariamente y, después de 4 (cuatro) meses útiles, para cualquier ciudadano (*actio utile*). Las penas iban desde la relegación a la incapacidad de hacerse testigo en juicio o testamento. En el caso de adulterio del marido, éste era obligado a restituir el dote (Ulpiano, 6,6; 12, 13, p. 20 final).⁴³ Matrimonio con adúlteras constituía *lenocinium*.⁴⁴

V. CONSIDERACIONES FINALES

En síntesis, Augusto, bajo el argumento de restaurar los valores republicanos, utilizó la moralización de las costumbres con intención claramente propagandística, una vez que eso le permitió ganar la adhesión social para su proyecto de instauración de un nuevo orden constitucional. Hasta su hija y nieta —las Julias— él las exiló, para dar ejemplo. Educado por la filosofía griega, él comprendió la Constitución, en última instancia, como ordenación social. De ahí que hace parte de la constitución la estructura familiar, la educación, la propiedad, además de la organización del poder político. Eso es muy relevante en el momento actual, en que se discute lo que es o no es materia constitucional, la “constitucionalización del derecho privado”, o “constitucionalización del derecho de familia” o del “derecho de propiedad”. Así, desde el punto de vista material, la constitución no sólo ordena los poderes públicos, sino que dibuja las bases de la convivencia social, de modo que, si la constitución, modernamente, es entendida como “estatuto jurídico de la política”, de ella hace parte, necesariamente, la regulación de la familia, de la actividad económica. El único problema debe ser resaltado, cuanto al de-

⁴³ Pap. (*De los adulterios*, libro único) D.22,5,14 “Ciertamente sé que se discutió, ¿podría acaso ser presentado como testigo al hacerse un testamento el condenado por adulterio? Y a la verdad, con justicia se le prohibirá el oficio de testigo. Estimo pues, que ni por derecho civil es válido el testamento, à que asistió un testigo de tal naturaleza, ni por derecho pretorio, que sigue al derecho civil, de suerte que ni podrá adirse la herencia, ni darse la posesión de bienes”; Paul., (*De los adulterios*, libro II) D.22,5,18 “Por lo cuanto a ley Julia sobre los adulterios prohíbe que la mujer condenada preste testimonio, coligiense que las mujeres tienen derecho de prestar testimonio en juicio”.

⁴⁴ C.9,9,9: “...la condenada por la ley Julia sobre el pudor continúe sujeta siempre a las penas legales. Mas el que a sabiendas tomó o volvió a tomar por mujer a la condenada por adulterio, si de cualquier modo hubiere evadido la pena capital, será castigado por la misma ley por causa de lenocinio”.

recho de familia: en la Antigüedad, no existía la necesidad de una definición rigurosa de la parte que cabe a cada uno —*to dikaion* o *ius*— de modo que el derecho romano, por ejemplo, no se ocupó de las relaciones intrafamiliares. Se preocupó con las relaciones entre los jefes de familia. La *económica* (arte de gobernar la familia) se diferenciaba del *derecho*. Entre esas duas artes ciertamente existían interferencias y la justicia particular se ejercía en el interior de la familia con distribuciones sin rigor y sin regla fija, de donde sólo se puede hablar en “derechos imperfectos” en lo que respecta a las relaciones entre esposos, padres e hijos, patronos y siervos. Fueron las leyes de Augusto las que modificaron, parcialmente, esa realidad.

Se diga, además, como conclusión, en lo que atañe a la evolución constitucional romana, que ésa no fue descrita integralmente por los mismos romanos en un único texto y no se deja fácilmente describir *a posteriori*: sería preciso exponer y ordenar todas las referencias a la ordenación de las magistraturas y del poder político que aparecen dispersos en los textos que llegaron hasta nosotros (*Corpus Iuris*) y, fundamentalmente, abordar el texto gayano, si queremos seguir el método aristotélico (el derecho sólo puede existir en una ciudad organizada —*dikaion politikon*— es el derecho civil, que visa a las relaciones entre ciudadanos jefes de familia). Gayo ofrece una descripción global, de cuño casi sociológico, de la ciudad romana tal como es, de las relaciones jurídicas que de ella hacen parte (los actores, los hombres y sus papeles —*personas*—; las *cosas* y su estatuto —diversas especies de cosas—, y los negocios —*acciones*—). Pero eso es un tema para la secuencia de la investigación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, 5ª ed., Madrid, Reus, 1994.
- ARENDT, Hannah, *La condición humana*, tradução da 1ª edição de *The Human Condition* por Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós, 1993.
- ARENDT, Hannah, *Poder e violência*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2001.
- ARISTÓTELES, *Política*, tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes, Vega, Lisboa, 1998.
- AUGUSTO, *Res Gestae*, en <http://www.thelatinlibrary.com>
- BONFANTE, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, Centro de Enseñanza y Publicaciones, s.d.
- BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto pubblico romano*, 3ª ed., Torino, UTET, 1987.

- COLLIVA, Paolo, s.v. “povo”, en BOBBIO, Norberto *et al.* (org.), *Dicionário de política*, Brasília, UnB, 1996, p. 986.
- DOMINGO, Rafael (coord.), *Textos de derecho romano*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- EPICURO, Lucrécio, Cícero, Séneca e Marco Aurélio, Coleção “Os Pensadores”, São Paulo, Abril Cultural, 1980.
- ERNOUT, A. y MEILLET, A, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots*, 4^a ed., Paris, Klincksieck, 1985.
- FREUND, Julien, *La essence du politique*, Paris, Sirey, 1965.
- GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildenfonso. *Cuerpo del derecho civil romano*, Valladolid, Lex Nova, 1989
- LENEL, Otto, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, trad. de Frédéric Peltier, revisada por el autor, Paris, Librairie de La Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1901.
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, CEDAM, 1999.
- MOMMSEN, Theodor, *Compendio del derecho público romano*, Buenos Aires, Impulso, 1942.
- MOMMSEN, Theodor, *Droit penal romain*, traducción de la lengua alemana, por J. Duquesne, Paris, Albert Fontemoing Éditeur, 1907, t. II.
- MOMMSEN, Theodor, *Historia de Roma*, trad. de A. García Moreno, Madrid, Turner, 1983, libro V.
- POLÍBIOS, *História*, trad. de Mário da Gama Kury, Brasília, Editora UnB, 1996.
- ROTONDI, Giovanni, *Leges publicae populi romani*, en *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Hildesheim, Zurich, New York, Olms, 1990.
- SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, traducción de *Classical Roman Law*, por José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960.
- SCHULZ, Fritz, *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1990.
- SPRUIT, J. E., BONGENAAR, *Gaius en Paulus*, Zutphen, De Walburg Pers, 1984.
- SUETONIO, *A Vida dos Doze Cesares*. São Paulo, Ediouro, s/d.
- SUETONIO, *O Divino Augusto*, Lisboa, Livros Horizonte, 1975.
- TABORDA, Wilmar, *Poder político e Direito de Família, o sujeito de direito no âmbito da família. Uma visão histórico-política*, Porto Alegre, Editora AGE Ltda., 2010.
- TÁCITO, C. Cornelio, *Anais*, livro I, 2, São Paulo, Ediouro, s/d.
- THOMAS, Yan, “A divisão dos sexos no direito romano”, *História das mulheres - Antiguidade*. Porto/São Paulo, Afrontamento, Ebradil, 1993.

VEYNE, Paul, *História da vida privada. Antiguidade ao ano mil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1996.

VOCI, Pasquale, “Esame delle tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica”, en LAURIA, Mario (org.), *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, Editore Jovene, 1956, t. 1, pp. 101-146.

PARALELISMOS ENTRE LA VISIÓN ROMANISTA
DEL MODELO IUS-PUBLICÍSTICO
REPUBLICANO Y EL DERECHO
MUNICIPAL CUBANO DE PRINCIPIOS
DEL SIGLO XX. ALGUNAS REFERENCIAS
PARA LA ACTUALIZACIÓN
INSTITUCIONAL EN CUBA

Orisel HERNÁNDEZ AGUILAR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Roma: República federada, democrática y asociativa*. III. *Paralelismos entre las concepciones del derecho municipal cubano de principios del siglo XX y la visión ius-publicista romanista del municipio*. IV. *A modo de conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del municipalismo cubano pueden esgrimirse varias razones para justificar el interés por los estudios históricos de lo municipal. Como ocurre con toda institución jurídica, conviene precisar sus antecedentes pues, a fin de ser conocida y regulada correctamente, debe partirse de esclarecer sus antecedentes y las causas que condicionan su configuración presente.

Esta consideración general tiene en América mayores implicaciones ya que, al decir de Martí refiriéndose al municipio, “es lo más tenaz de la civilización romana, y lo más humano de la España colonial”,¹ se trata de “la raíz y la sal de la libertad”, pues él “templa y ejercita los caracteres,

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana. Profesora de Historia General del Estado y el Derecho y Derecho Romano, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Pinar del Río, Cuba.

¹ Martí Pérez, J., “Un libro del Norte sobre las Instituciones Españolas en los Estados que fueron de México”, en *Obras completas* 7, La Habana, 1975, p. 59.

él habitúa al hombre al estudio de la cosa pública, y a la participación en ella, y a aquel empleo diario de la autoridad por donde se aquilata el temple individual, y se salvan de sí propios los pueblos”.²

El caso cubano tiene el *plus* de que, hechos significativos que marcan inflexiones en su historia, los hayan tomando como escenario. Así

... en el siglo XVI, un Adelantado español preside el Ayuntamiento de Baracoa, como exponente del dominio de España en Cuba; y a fines del siglo XIX, un General de la revolución cubana preside una sesión del Ayuntamiento de Mantua, como manera categórica de afirmar que la idea separatista llegaba, en su dominio, hasta el extremo occidental de nuestra isla.³

Además, debe reconocerse que en la primera mitad del siglo XX los municipalistas cubanos dieron impulsos importantes para el desarrollo de la ciencia y práctica municipales de América Latina. Estos autores influyeron en la creación de textos legales de notable trascendencia, entre ellos la reconocida Constitución de la República de Cuba de 1940.

Estos presupuestos merecen ser tomados en cuenta ante las reformas que se deriven de la puesta en práctica de los “Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución”⁴ (en lo adelante Lineamientos) a fin de superar las limitaciones que posee el actual diseño institucional municipal cubano. En particular, las pautas comunes que se sientan desde el origen romano y la tradición municipalista patria, deberían operar como las bases para los constituyentistas ante una posible y próxima reforma constitucional.⁵

² *Idem.*

³ Carrera y Justiz, F., *Introducción a la Historia de las Instituciones locales de Cuba*, Lib. é Imp. “La Moderna Poesía”, La Habana, 1905, t. I, p. XIV.

⁴ Cfr. “VI Congreso del Partido Comunista de Cuba”: *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, en <http://www.prensa-latina.cu/Dossiers/LineamientosVICongresoPCC.pdf>.

⁵ “En concordancia con los acuerdos del 6º Congreso, será preciso armonizar los postulados de la Constitución de la República con los cambios asociados a la paulatina implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución”. Castro Ruz, R., *Discurso pronunciado en la clausura de la Sesión Constitutiva de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en su Octava Legislatura*, Palacio de Convenciones de La Habana, el 24 de febrero de 2013, en <http://www.cubadebate.cu/raul-castro-ruz/2013/02/24/raul-castro-la-mayor-satisfaccion-es-la-tranquilidad-y-serena-confianza-que-sentimos-al-ir-entregando-a-las-nuevas-generaciones-la-responsabilidad-de-continuar-construyendo-el-socialismo-fotos/>, consultado en fecha 18 de marzo de 2013.

II. ROMA: REPÚBLICA FEDERADA, DEMOCRÁTICA Y ASOCIATIVA

En la exposición que sigue se ha seleccionado al profesor Lobrano como referente dado que, como romanista, en su obra ha sistematizado, con sobrada suficiencia, las fuentes y la doctrina más importante sobre el tema, convirtiéndola en un claro y serio referente a la hora de abordar los elementos básicos del modelo constitucional de la República romana.

Un primer elemento a apuntar es que, aunque los romanos —como Tito Livio y Cicerón— y los romanistas reconocen la contribución que hizo la cultura griega⁶ a la concepción romana de la república reconocen en esta última verdaderas características propias⁷ que le permiten superar a su predecesora, constituyéndola en “...la affermazione e il consolidamento della democrazia per mezzo di apposita «tecnologia» giuridica”.⁸

Esta “tecnología” jurídica está dada por el contrato de sociedad que precisamente dota a la república de un carácter específico respecto a la democracia al conferirle una naturaleza societaria.⁹ Asegurando unas relaciones participativas —republicanas—, tanto dentro del elemento humano inicial de la sociedad —*populus*—, como con el resto de las poblaciones que se le incorporaran.

El pueblo que integra la ciudad es, por razón de su estructura societaria, el titular colectivo de la soberanía. Dicho poder soberano tiene un alcance bien definido en Roma, ya que “*Il discorso giuridico-repubblicano distingue tra il potere (che poi sarà chiamato «sovrano») di comandare le leggi e il potere (che pio sarà*

⁶ “L’elemento essenziale del contributo greco risiede nella «scoperta» geniale (...) della politeia democratica (...) anzi della nocività dei «capò»...” Lobrano, G., *Tito Livio, Storia di Roma, Prima Deca*, Pechino, Casa Editrice dell’Università della Cina de Scienze Politiche e Giurisprudenza, 2009, p. 4.

⁷ “la differenza di fondo tra la esperienza politica greca e la esperienza gui-pubblicistica romana, precisamente, nel passaggio «dallo Stato-città allo Stato municipale».” *Ibidem*, p. 16.

⁸ *Ibidem*, p. 5.

⁹ La sociedad en palabras de Lobrano “...estende e chiunque la relazione di fraternitas ed è caratterizzata: dalla titolarità per cuote — parti del patrimonio comune da parte di ciascun membro della comunità; dalla desicione de la sua utilizzazione da parte della comunità riunita in assemblea («populus collegii», «plebs collegii»); dalla delegata della esecuzione (una volta risolti dai guiristi una serie di problema connessi al principio della non rappresentazione della volontà) a uno o più magister/magistri, il cui statuto-tipo è la servitus (in aliena potestate esse) rispetto ai membri della societas; dalla integrazione dei magistri con i «defensores»; dalla organizzazione dei soci più autorevoli nel consiglio ristretto dei decuriones”. *Idem*.

chiamato «esecutivo» di governare)...”¹⁰ De tal forma que se manifiesta “... prima di tutto- nelle leggi¹¹ (...) nelle elezioni (dei magistrati) e nei guidizi”.¹²

La concepción, en consecuencia, de la “democracia” se implementa a través de un “*processi decisionali partecipati e diffusi (cioè, nel caso delle organizzazioni pubbliche, coinvolgenti tutto il ‘popolo dei cittadini’ attraverso le sue organizzazioni interne)*”¹³ Es por esta razón que su forma societaria, que implica necesariamente el desarrollo democrático “*non è né comprensibile né realizzabile fuori del proprio habitat: (...) la repubblica di municipi*”.¹⁴

Por ello, al ampliarse los marcos territoriales hubo de recurrirse a la “...*la invenzione — sempre repubblicana — del municipio*”¹⁵ a fin de mantener la esencia del sistema y dar abrigo a los nuevos territorios dentro de la misma.

La solución adoptada por los romanos tiene su grandeza en el hecho de no representar una ruptura con su lógica institucional, ni la naturaleza de sus relaciones sino en adaptarla a las nuevas circunstancias, concibiendo que “Cada municipio es una república porque cada municipio tiene su *populus* y, entonces, su derecho¹⁶... [por lo que] la *respublica* romana es integrada por el conjunto de las repúblicas municipales”.¹⁷

La admisibilidad de la figura del contrato de sociedad para explicar la relación entre los municipios, como parte de una manifestación propia de voluntad/autonomía, y no de imposición centralismo, viene dada por el hecho de que éstos devienen en tales por la propia acción de sus miembros

¹⁰ Lobrano, G., “«Modelo romano» e «costitucionalismo latino»”, publicado en *Teoria del Diritto e dello Stato. Revista Europeadi Cultura e Scienza Giuridica*, Aracne, 2007, s/n.

¹¹ Sobre las implicaciones democráticas y técnicas de la elaboración popular de las leyes véase Lobrano, G., *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino, G. Giappichelli, 1996, pp. 256-258.

¹² Lobrano, G., *Tito...*, cit., p. 12.

¹³ Lobrano, G., *Consiglio delle Autonomie Locali: manifestazione attuale della storia del costituzionalismo democratico. Grandi potenzialità e rischi.*, versión que se encontraba en proceso de publicación, 2008, p. 2.

¹⁴ *Ibidem*, p. 3.

¹⁵ Lobrano, G., “«Modelo romano»...”, cit., s/n.

¹⁶ “La república (...) postula/implica la novedad (...) de la hipostación del pueblo: sociedad de los [*universi*] *cives* (...) que producen su propio derecho (...) por la razón (...) que lo que a todos afecta por todos tiene que ser aprobado...” Lobrano, G., “Continuidad entre las «dos repúblicas» del derecho indiano y el sistema republicano municipal del derecho romano. Formulación esquemática de una hipótesis de trabajo”, en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Roma, Mucchi, 2007, p. 21.

¹⁷ *Ibidem*, p. 25.

que por medio de la Guerra Social obtiene de Roma la entrada al “*populus romanus* en ella *respublica* Romana ottenendo di diventare municipi”.¹⁸

De lo antes expuesto se colige que, dentro del modelo constitucional de la República romana:

• “...en la red de los municipios-república de repúblicas, se satisface al mismo tiempo la exigencia ineludible de crecimiento (la *civitas augescens*) de la constitución societaria del *populus* y la exigencia otro tanto ineludible de conservación de la forma específica de su ‘habidad’ urbano”¹⁹ manteniendo la forma societaria, que implica soberanía popular.²⁰

• El “...municipium è la duplice «faccia» — verso l’interno e verso l’esterno — di una logica istituzionale unica”,²¹ es la forma que garantiza la vida democrática de la comunidad que comprende y es la forma de articular adecuadamente a la misma con la lógica del sistema romano.

• De tal forma “...la repubblica è intrinsecamente federativa-associativa”.²²

III. PARALELISMOS ENTRE LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO MUNICIPAL CUBANO DE PRINCIPIOS DEL SIGLO XX Y LA VISIÓN IUS-PUBLICISTA ROMANISTA DEL MUNICIPIO

Para examinar el municipalismo cubano de la primera mitad del siglo XX se toman como referentes autores destacados que contribuyeron a la teorización sobre el municipio y los resultados legislativos de su influencia en la vida jurídica del país, particularmente en el texto constitucional de 1940.

Como punto de partida conviene atender a como Carrera Justiz concibe al municipio como una creación netamente romana. Según él “Débese

¹⁸ Lobrano, G., “Città,...”, *cit.*, p. 176.

¹⁹ Lobrano, G., “Continuidad...”, *cit.*, pp. 25-26.

²⁰ “Le città romane (urbs civitas) sono non soltanto (...) l’artificio fisico e istituzionale necessario nel quale e per mezzo del quale gli uomini entrano in relazione tra di loro e con il territorio, l’ambiente (il locum), costituendosi così in comunità specifica [sino que] diventano quindì. Nel passaggio, attraverso lo strumento societario del foedus, al municipium — gli elementi costitutivi di una comunità di comunità, di una società di società; anzi — poiché ogni municipium è una repubblica — diventano gli elementi costitutivi di una “república di repubbliche”. (...) il municipium neppure può essere pensato se non che insieme ad altri municipia: costituente cioè — insieme ad altri municipia — una unità ed una entità superiori, non deprimendo così ma — anzi — esaltando la propria autonomia.” Lobrano, G., “«Modelo romano»...”, *cit.*, s/n.

²¹ *Idem.*

²² *Ídem.*

al génio romano, la organización municipal, como primera cristalización de las instituciones políticas locales”²³ pues en “los tiempos de la Ciudad-estado, no existía el Municipio”²⁴ y precisamente “Por no haber concebido al genio griego la idea de Municipio, nunca pasó de la Ciudad-estado...”²⁵ Esta precisión resulta relevante pues su autoridad académica en materia municipal es indiscutible y este aspecto es, aun hoy, enfocado de manera muy distinta por numerosos autores que sientan los orígenes del municipio en Grecia, e incluso en civilizaciones anteriores.

Aunque reconoce que los municipios romanos gozaban de “una amplia autonomía”,²⁶ la circunscribe al plano administrativo. Esto se debe a la teoría centralista que sostiene sobre su función dentro de la República y el Imperio romano, pues, los considera parte de un aparato de dominación de ahí que estuviesen “más o menos sometidos á un mismo único y enérgico Poder político”.²⁷

Para la escuela municipalista cubana la autonomía es inseparable de la institución municipal puesto que para la procuración de los fines del municipio este requiere plenitud de atribuciones en lo local, para poder realizarlos.²⁸ De hecho esta se considera la clave para el éxito del desempeño local y, por ente, del ejercicio de toda la función pública, pues según Angulo y Pérez “en todas la épocas cuando el gobierno general ha respetado las libertades propias de las instituciones locales estas han sido los auxiliares más eficaces que ha tenido el Estado para desarrollar la prosperidad y el bienestar del país”.²⁹

En consonancia con esta línea de pensamiento en la Constitución de 1940, el artículo 212, hace un reconocimiento expreso al disponer “El Municipio es autónomo. El gobierno municipal queda investido de todos los poderes necesarios para resolver libremente los asuntos de la sociedad local”. A renglón seguido reconoce que “Las facultades de las cuales no resulta investido el gobierno municipal por esta Constitución quedan reservadas al Gobierno nacional”. Así el constituyente procuró, por medio de la enumeración detallada de competencias que sigue en el articulado

²³ Carrera y Justiz, F., *Introducción...*, *cit.*, p. 15.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibidem*, p. 17.

²⁶ *Ibidem*, p. 167.

²⁷ *Idem.*

²⁸ Carmona Romay, A. G., *Notas sobre autonomía y autarquía*, La Habana, Editorial Selecta, 1956, pp. 11, 15 y 18.

²⁹ Angulo Pérez, A., *La afirmación y la quiebra de las instituciones locales*, Conferencia pronunciada en el ateneo de La Habana el 1ero de abril de 1941 (folleto), p. 7.

de la norma,³⁰ dejar una delimitación exacta del alcance de las atribuciones municipales. Dentro de estas previsiones destaca la autorización para la asociación intermunicipal.³¹ Además se previeron dictados legales que aseguraban la independencia e integridad financiera y administrativa municipal,³² así como la posibilidad de su defensa judicial por parte de las autoridades.³³

Como consecuencia de la concepción sociológica enraizada en la cátedra también se defiende una idea altamente democrática como base del poder estatal, según la cual el

Gobierno no es más que un apoderado del pueblo, para satisfacer a gusto del pueblo, las necesidades del pueblo mismo. Lo mismo en el Gobierno nacional o del Estado, que en el local o de la ciudad (...). Cada funcionario del Gobierno (...) es un servidor del pueblo. Y si ejerce autoridad, si manda, no es suyo el poder, ni suya la autoridad, sino que se la ha prestado temporalmente la comunidad, el pueblo, los ciudadanos en general y cada uno en particular. Todo funcionario público es por tanto, responsable ante el pueblo.³⁴

Sorprenden estos postulados por su proximidad a los rousseauianos³⁵ del Contrato Social cuando explicaba, elogiosamente, el modelo constitucional romano.

Una prueba en el tiempo de cuanto alcance tuvieron estas ideas lo constituye la singular y amplia regulación de mecanismos participativos populares establecida en sede municipal en el texto constitucional de 1940.

³⁰ Véanse artículos 213 y 214, Constitución de la República de Cuba de 1940, publicada en el CD de *Memorias del IV Encuentro Internacional: Constitución Democracia y Sistema Político*, celebrado en La Habana, en marzo de 2007.

³¹ Según Lazcano Mazón, en 1952, “Muchos servicios públicos se vienen prestando intermunicipalmente”. Lazcano Mazón, A. M^a, “Las Constituciones de Cuba”, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, p. 408.

³² Artículo 217, Constitución de la República de Cuba de 1940.

³³ Artículo 218, Constitución de la República de Cuba de 1940.

³⁴ Carrera Jústiz, F., *Importancia política y sociológica de los barrios*, Cátedra de Gobierno Municipal, La Habana, Imprenta y Papelería “La Universal” de Ruiz y Hno., 1904, p. 5.

³⁵ “Digo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse jamás, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder es susceptible de ser transmitido, mas no la voluntad.” Por la misma razón que la soberanía no es enajenable es indivisible; porque la voluntad es general o no lo es: es la del cuerpo del pueblo o solamente de una parte de él [1]. En el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley; en el segundo, no es sino una voluntad particular o un acto de magistratura: es, a lo más, un decreto.” Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, consultado en <http://repo-fcsh.upr.edu.cu/Repositorios/derecho/Textuales/Libros/HGED/C.Social.pdf>, en fecha 11 de febrero de 2013.

Según lo dispuesto en esta constitución, los municipios, podían dotarse Carta Municipal la que debía elaborarse a petición de un 10 % del electorado y con el voto favorable de las dos terceras partes del ayuntamiento o la comisión, y ser sometida, apara su aprobación, a la consideración de los electores;³⁶ todos los cargos municipales eran electivos y revocables a petición de un por ciento del electorado;³⁷ se introduce por primera vez la posibilidad de convocar a referendo popular sobre determinadas cuestiones;³⁸ y dentro del catálogo de posibilidades participativas que establece el artículo 219 en condición de “garantía de los habitantes del término municipal respecto a sus gobernantes locales” se contempla además el derecho de iniciativa “...para propuesta de acuerdos...”³⁹ permitiendo que en caso de rechazo de la iniciativa “...deberán someterla a la consulta popular mediante referendo en el Municipio...”⁴⁰ con lo que se protege la iniciativa de un veto posible por parte de los funcionarios del gobierno local.

Al tratar la categoría pueblo ofrece un enfoque coherente con su concepción sociológica del municipio y que armoniza, aun con las diferencias históricas y de fondo, con la explicación societaria romanista ya que afirma que esta debe enfocarse “...entendiéndose por pueblo, toda la comunidad social”.⁴¹ En concordancia con ello el artículo 209 de la Constitución del 40 reconoce que “El Municipio es la sociedad local organizada políticamente por autorización del Poder Legislativo en una extensión territorial determinada por necesarias relaciones de vecindad...”⁴²

La escuela cubana considera a Roma un “sistema municipal” que permite el “engranaje político entre el todo y las partes...”⁴³ por medio del cual “las sociedades locales organizadas para la vida colectiva... mantuviesen relación periódica con la sociedad central, en las que aquellas resultaron

³⁶ Artículo 223, Constitución de la República de Cuba de 1940.

³⁷ Artículos 219 d) y 225 párrafo 2°, Constitución de la República de Cuba de 1940.

³⁸ Artículo 219 b), Constitución de la República de Cuba de 1940.

Estos serían obligatorios en cuanto a “...la contratación de empréstitos, emisiones de bonos y otras operaciones de movilización del crédito municipal que, por su cuantía, obliguen al Municipio que las realiza a la creación de nuevos impuestos para responder al pago de las amortizaciones o pagos de dichas contrataciones” y, según el artículo 210 párrafo 2°, para lo relativo a la segregación de parte de un término municipal.

³⁹ Artículo 129 c) en relación con el artículo 135 inciso f), Constitución de la República de Cuba de 1940.

⁴⁰ Artículo 129 c), Constitución de la República de Cuba de 1940.

⁴¹ Carrera Jústiz, F., *Importancia...*, cit., p. 5.

⁴² Constitución de la República de Cuba de 1940.

⁴³ Carrera y Justiz, F., *Introducción...*, cit., p. 16.

comprendidas políticamente”.⁴⁴ De esta idea hay que diferenciar dos matices fundamentales, de un lado la comprensión sistémica y articulada del modelo político romano y, del otro, nuevamente la percepción centralista que del mismo posee el autor. El primer postulado es el que merece especial atención en esta oportunidad, ya que el segundo es reiteración de una idea tratada *supra*, en tanto pone de relieve que de partida la existencia municipal se da en un entramado de relaciones que merece la consideración de “sistema”, o sea, que esta institución es consustancial a un diseño marcado por las relaciones e interrelaciones de sus elementos constitutivos.

Defiende que la finalidad de este sistema municipal es superior y distinta a la de la Ciudad-estado pues “Esta [la Ciudad-estado] imponía, por la fuerza, su autoridad, sobre cuantos otros pueblos (...) podía vencer. Y si dominaba otras ciudades, solo trataba de exigirles tributos y hombres para la guerra, saqueándolos o destruyéndolos”.⁴⁵ Concluyendo que esta es la única forma posible para sustentar “el desenvolvimiento armónico de enormes agregados sociales, cuya estabilidad, de otro modo, ni se concibe, ni pudo, sin eso conseguirse”.⁴⁶

Si, además, seguimos el criterio sostenido por Ramiro Capablanca en los debates constituyentes de 1939 de que la Ley Orgánica Municipal de 1908 “...[es] obra de mi ilustre maestro, el introductor de los estudios municipales en Cuba, doctor Francisco Carrera Jústiz...”⁴⁷ debe atribuirse a este el crédito por introducir en ella unas posibilidades asociativas⁴⁸ bien delimitadas y acotadas, pero que sientan las primeras pautas al respecto en textos legales propiamente nacionales, lo que constituye el antecedente para la posterior regulación de la carta magna del 40.⁴⁹

La introducción de esta figura jurídica es la materialización de esa vocación de sistema del municipio a que se venía aludiendo y consecuencia del rol desempeñado por el cubano Ruy de Lugo-Viña, tanto dentro, como fue-

⁴⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁷ Lezcano y Mazón, A. M., *Constitución de Cuba (con los debates sobre su articulado y transitorias, en la Convención Constituyente)*, La Habana, Ed. Cultural, 1941, p. 184.

⁴⁸ “...asociarse para la realización de obras de cualquier naturaleza, que, en común, interesen a dos o más Municipios, designando al efecto una Comisión Mixta de dos Concejales por cada Municipio, cuyo informe se someterá oportunamente, a la resolución de cada Ayuntamiento.” Artículo 122, Ley Orgánica de los Municipios de 1908, Venegas Muiña, A. y Venegas Pazos, A., *Los municipios cubanos a través de la jurisprudencia*, La Habana, Jesús Montero Editor, 1947, t. I, p. 130.

⁴⁹ Artículo 210 “Los municipios podrán asociarse para fines intermunicipales por acuerdo de sus respectivos ayuntamientos o comisiones (...)”.

ra de Cuba, a fin de impulsar la intermunicipalidad. Como concejal del municipio de La Habana había conseguido que para 1923 el asunto se presentara con favorable resultado en la 5ª Conferencia Internacional Americana y, finalmente, logra su reconocimiento por parte de la Sociedad de Naciones gracias al apoyo de la Unión Internacional de Ciudades.⁵⁰ En su opinión, se trataba de “una de las necesidades más trascendentes”⁵¹ de la vida municipal. Apunta además que “...como una modalidad nueva del Derecho público en sus ramas política e internacional, no debe estar limitada a las fronteras nacionales”.⁵² De esta manera recomendaba que las relaciones de colaboración entre municipalidades se fomentaran dentro de un mismo país y con las de otros países.

También en la Ley Orgánica de los Municipios de 1908 aparece una regulación, referida a las facultades de los Ayuntamientos, que guarda una proximidad loable con el pensamiento romanista, pues establece que

[el Ayuntamiento] En cuanto a la moral pública y a las costumbres, ha de atender a lo que conduzca a su mejoramiento, así como a la extinción de vicios, a remediar e impedir la perversión, la prostitución, el juego, la embriaguez y la mendicidad; proteger a los inválidos, desvalidos y menesterosos (...) y estimular la iniciativa individual, con el fin de crear instituciones morales y de beneficencia.⁵³

Esta norma recuerda el cometido moral, por su relevancia a los fines de la vida pública, de la censura romana que era “custodio de las buenas costumbres, del decoro y la limpieza moral que debía adornar la vida de un buen ciudadano...”⁵⁴

De forma general los postulados analizados permiten afirmar que:

- Las concepciones de los municipalista cubanos de principios del siglo XX sobre el municipio, sus elementos, principios de funcionamiento, lugar en el diseño político y finalidad guardan importantes similitudes con las concepciones ius-publicísticas romanistas. Estas son las bases de la escuela cubana de derecho municipal que defendiera una amplia autonomía y democracia municipales y reconociera la posibilidad de asociación entre municipalidades.

⁵⁰ Cfr. Lugo-Viña, R., *La intermunicipalidad universal*, Municipio de La Habana, 1938.

⁵¹ *Ibidem*, p. 14.

⁵² *Ibidem*, p. 15.

⁵³ Ley Orgánica de los Municipios de 1908..., *cit.*, p. 134.

⁵⁴ Fernández Bulté, J., *Separata de Derecho Público Romano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 1999, p. 32.

- Los principales puntos de separación entre estas dos visiones radican en las referencias categoriales propias del derecho romano, la presencia de una visión del municipio en el modelo público político romano con vocación centralista y las limitaciones propias del discurso representativo dominante.
- En consecuencia quedan sentados como puntos de referencia, por su carácter histórico y su incuestionable validez lógica y doctrinal, como principios a considerar para un perfeccionamiento de las institucionalidad municipal cubana: la necesidad de reconocer y garantizar la autonomía municipal; el carácter societario y democrático del municipio, que supone la responsabilidad de sus magistrados y la presencia de participación popular; y la ubicación de éste en un entramado de relaciones que, más que ponderar la jerarquía, fomente la articulación y la colaboración horizontal.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

Las ideas anteriores permiten dejar sentadas algunas reflexiones generales, entre ellas pueden destacarse que:

- El modelo de la República romana implicaba una triple relación entre soberanía (autonomía), democracia y asociativismo que nos explica una forma de construcción estatal desde abajo hacia arriba y desde la periferia hacia el centro, revelándonos además la fuerte interrelación que se da entre dichas categorías.
- El examen de las concepciones presentes en el derecho municipal cubano de principios del siglo XX sobre el municipio tiene importantes puntos de contacto con el pensamiento romanista al reconocer el origen romano de la institución, su desarrollo en un clima de amplia autonomía con una democracia fundada en la voluntad popular a fin de hacer funcional al municipio dentro de un sistema en el que se pretende la articulación coherente de todos sus elementos.

Esta precisamente debe ser la referencia de partida para desarrollar el perfeccionamiento, que a la luz de los Lineamientos, se abre como un reto para los municipios cubanos de forma que con ello se aprovechen todas las posibilidades existentes.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANGULO PÉREZ, A., *La afirmación y la quiebra de las instituciones locales*, (folleto) Conferencia pronunciada en el ateneo de La Habana el 1° de abril de 1941.
- CASTRO RUZ, R., *Discurso pronunciado en la clausura de la Sesión Constitutiva de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en su Octava Legislatura*, Palacio de Convenciones de La Habana, el 24 de febrero de 2013, en <http://www.cubadebate.cu/raul-castro-ruz/2013/02/24/raul-castro-la-mayor-satisfaccion-es-la-tranquilidad-y-serena-confianza-que-sentimos-al-ir-entregando-a-las-nuevas-generaciones-la-responsabilidad-de-continuar-construyendo-el-socialismo-fotos/>, consultado en fecha 18 de marzo de 2013.
- CARMONA ROMAY, A. G., *Notas sobre autonomía y autarquía*, Editorial Selecta, La Habana, 1956.
- CARRERA JÚSTIZ, F., *Importancia política y sociológica de los barrios*, Cátedra de Gobierno Municipal, Imprenta y Papelería “La Universal” de Ruiz y Hnos., La Habana, 1904.
- Constitución de la República de Cuba de 1940, publicada en el CD de *Memorias del IV Encuentro Internacional: Constitución Democracia y Sistemas Políticos*, celebrado en La Habana, en marzo de 2007.
- CARRERA JÚSTIZ, F., *Introducción a la Historia de las Instituciones locales de Cuba I y II*, Lib. é Imp. “La Moderna Poesía”, La Habana, 1905.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Separata de Derecho Público Romano*, Félix Varela, La Habana, 1999.
- LEZCANO Y MAZÓN, A. M., *Constitución de Cuba (con los debates sobre su articulado y transitorias, en la Convención Constituyente)*, Ed. Cultural, La Habana, 1941
- LOBRANO, G., *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996.
- LOBRANO, G., “Città, municipi, cabildos.”, *Roma e América. Diritto Romano Comune.*, Mucchi Editore, 2004.
- LOBRANO, G., “«Modelo romano» e «constitucionalismo latino»”, *Teoria del Diritto e dello Stato. Revista Europeadi Cultura e Scienza Giuridica*, Aracne, 2007.
- LOBRANO, G., “Continuidad entre las «dos repúblicas» del derecho indiano y el sistema republicano municipal del derecho romano. Formulación esquemática de una hipótesis de trabajo”, publicado en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi Editore, 2007.

- LOBRANO, G., *Consiglio delle autonomie locali: manifestazione attuale della storia del costituzionalismo democratico. Grandi potenzialità e rischi*, versión que se encontraba en proceso de publicación, 2008.
- LOBRANO, G., *Tito Livio, Storia di Roma, Prima Deca*, Casa editrice dell'Università della Cina de Scienze Politiche e Guirispudenza, Pechino, 2009.
- LUGO-VIÑA, R., *La intermunicipalidad universal*, Municipio de La Habana, 1938.
- MARTÍ PÉREZ, J., “Un libro del Norte sobre las Instituciones Españolas en los Estados que fueron de México”, en *Obras completas*, La Habana, 1975, vol 7.
- ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social*, consultado en <http://repo-fcsh.upr.edu.cu/Repositorios/derecho/Textuales/Libros/HGED/C.Social.pdf>, en fecha 11 de febrero de 2013.
- VENEGAS MUIÑA, A. y VENEGAS PAZOS, A., *Los municipios cubanos a través de la jurisprudencia*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1947, vol. I.
- “VI Congreso del Partido Comunista de Cuba”, *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, en <http://www.prensa-latina.cu/Dossiers/LineamientosVICongresoPCC.pdf>.

LA ESSENZA ROMANA DEL “PENSIERO
POLITICO-GIURIDICO LATINO-AMERICANO”.
CARATTERISTICHE E ATTUALITÀ DEL PENSIERO
DEMOCRATICO: FEDERALISMO VERO CONTRO
FEDERALISMO FALSO TRA EUROPA E AMERICA

Giovanni LOBRANO

SOMMARIO: I. Qualche premessa: forte caratterizzazione e grande attualità del “pensiero politico-giuridico latino-americano” e conseguente difficoltà odierna alla sua interpretazione. II. Rivelatori: i contesti politici-giuridici di contrapposizione e di crisi (Costituente di Cadice e lotta per la Indipendenza) ma anche ‘il problema giuridico fondamentale’ (con le sue soluzioni contrapposte). III. La verifica: il (più) generale contesto politico-giuridico coevo, europeo e americano. IV. Municipi e federazione: il federalismo vero nel pensiero politico-giuridico latino-americano della Indipendenza. V. Qualche conclusione attuale: l’apprezzamento da parte dei Popoli americani indigeni e le potenzialità per rispondere alla domanda mondiale di democrazia.

I. QUALCHE PREMESSA: FORTE CARATTERIZZAZIONE
E GRANDE ATTUALITÀ DEL “PENSIERO
POLITICO-GIURIDICO LATINO-AMERICANO”
E CONSEGUENTE DIFFICOLTÀ ODIERNA
ALLA SUA INTERPRETAZIONE

La tesi che cercherò di illustrare e argomentare è che il pensiero politico-giuridico (sottolineo: politico-giuridico, non: politico-economico)¹ latino-americano

¹ Come diventerà a partire dalla seconda metà del secolo XIX, con la riduzione del diritto a mera “sovrastruttura” della “struttura” economica.

cano esiste, è fortemente caratterizzato, è sostanzialmente omogeneo ed è attuale.

Proprio la sua attualità lo rende di difficile comprensione alla dottrina odierna.

Per vedere i caratteri specifici di ogni entità dobbiamo osservarla nelle situazioni nelle quali quei caratteri si manifestano: la contrapposizione e la crisi, tanto più quanto queste sono acute. Dobbiamo, inoltre, individuare il criterio che ci consenta di selezionare, tra i vari caratteri specifici, quelli del *genus* al quale siamo interessati.

Prenderemo, dunque, in esame la situazione di acuta contrapposizione che è la Costituente di Cadice e la situazione di acuta crisi che è la lotta per la Indipendenza. Individueremo, inoltre, il problema politico-giuridico del quale vengono contrapposte le soluzioni. Verificheremo, infine, queste soluzioni nel più ampio contesto di contrapposizione e di crisi che è la “*Grande Révolution*”.²

II. RIVELATORI: I CONTESTI POLITICI-GIURIDICI DI CONTRAPPOSIZIONE E DI CRISI (COSTITUENTE DI CADICE E LOTTA PER LA INDIPENDENZA) E IL ‘PROBLEMA GIURIDICO FONDAMENTALE’ (CON LE SUE SOLUZIONI CONTRAPPOSTE)

1. *La difficoltà, nella dottrina odierna, a interpretare il pensiero politico-giuridico latino-americano come sistema omogeneo*

Karl Marx, nella propria combinazione di dialettica hegeliana e materialismo bachofiano (su cui S. Schwartz, *Das Mutterrecht bei J.J. Bachofen und dessen Funktion im historischen Materialismus bei F. Engels*, München 2011; cfr. Ph. Borgeaud et alii, *La mythologie du matriarcat: l'atelier de Johann Jakob Bachofen*, Genève 1999) introduce la formula della contrapposizione tra base/struttura e sovrastruttura nella “Prefazione” a *Per la critica dell'economia politica* («*Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Überbau erhebt und welcher bestimmte gesellschaftliche Bewußtseinsformen entsprechen. [...] Mit der Veränderung der ökonomischen Grundlage wälzt sich der ganze ungeheure Überbau langsamer oder rascher um*» [*Zur Kritik der politischen Ökonomie*, 1859, “Vorwort” in *MEW*, Bd. 13, S. 9]).

E' stato sottolineato, ancora di recente, il nesso di tale ‘riduzione’ con la nozione di “società civile” e il ruolo di Hegel nella affermazione di questa nozione (L. Cini, *Società civile e democrazia radicale*, Firenze 2012, cap. 2 “Una ‘parziale’ ricostruzione del concetto”, pp. 11-35, in part. 25-27). Ciò costituisce ulteriore argomento per la comprensione della funzionalità anti-democratica della ‘riduzione’.

Cfr., invece, alle ntt. 34 e 37, la opposta impostazione rousseauiana.

² P. Kropotkine, *La Grande Révolution* (1789-1793), Paris 1909.

- a. *La migliore dottrina (con il suo limite): interpretazione dello scontro nella Costituyente gaditana tra portatori di opposte idee di innovazione come tra i “liberales metropolitanos” e gli “Americanos curiosa mezcla”*

Nella assemblea costituente di Cadice, si contrappongono idee tra loro diverse di ‘costituzione’, corrispondenti ai diversi gruppi sociali presenti tra i ‘diputados’ e ai rispettivi orientamenti.

Per la interpretazione di tale diversità, è corrente lo schema tripartito di contrapposizione tra: deputati conservatori (realisti) e deputati riformatori (liberali) con la interposizione di deputati moderati (detti — dal loro ispiratore — “Jovellanos”).³ Questo schema appare piuttosto generico-convenzionale e, pertanto, sovrapposto sulla specifica realtà più che interpretativo di essa.

E’ stato, però, formulato un altro schema interpretativo, sempre tripartito ma di distinzione tra deputati: “realisti”, “liberali” e “americani”.⁴ Questo ulteriore schema appare, invece, frutto di uno sforzo di comprensione, correttamente mirato alla specifica realtà.

Il limite di questa ulteriore — e senz’altro migliore — interpretazione è non nel confrontare categorie che diremmo non confrontabili (quelle politiche-giuridiche di “realisti” e di “liberali” e quella geografica di “Americani”) ma nel qualificare il pensiero politico-giuridico degli Americani come “curiosa mezcla”: «*Los americanos, a partir de una curiosa mezcla de principios democráticos y tesis procedentes del pensamiento escolástico y del derecho de Indias, sostuvieron que la soberanía residía en el pueblo y, a la vez, en los pueblos o provincias que componían la monarquía*».⁵

La “curiosa mezcla” appare essenzialmente individuata tra la idea della sovranità del Popolo e la idea che tale sovranità risieda nelle Città e nei loro insiemi, le Province.

³ S.M. Coronas González, “El pensamiento constitucional de Jovellanos” in *Historia Constitucional* (revista electrónica) n. 1, 2000.

⁴ J. Varela Suanzes-Carpegna, “La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX” in *Revista de las Cortes Generales*, 10, 1987 [Edición digital: Alicante: Biblioteca Virtual “Miguel de Cervantes”] § 1. “*El liberalismo doceañista y la Constitución de Cádiz*”: «*En las Cortes de Cádiz había tres tendencias constitucionales: una, la que formaban los Diputados realistas; otra, los americanos, y una tercera, los liberales*».

⁵ J. Varela Suanzes-Carpegna, “El pueblo en el pensamiento constitucional español (1808-1845)” in *Historia Contemporánea* 28, 2004, 209, che rinvia a Id., *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (las Cortes de Cádiz)*, Madrid 1982, capp. quarto e quinto, e “Las Cortes de Cádiz: representación nacional y centralismo” in Aa. Vv., *Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988* [Congreso Científico sobre la Historia de las Cortes de Castilla y León, León 1988] Vol. 2, Valladolid 1990, 217-245 [Edición digital: Alicante: Biblioteca Virtual “Miguel de Cervantes”].

b. *La, corrispondente, interpretazione del pensiero politico-giuridico della Indipendenza latino-americana come forma di sincretismo*

(1) La “tesi tradizionale”, la anti-“tesi liberale” e la pseudo-sintesi sincretica

Questa interpretazione del pensiero dei Costituenti latino-americani a Cadice non è, peraltro, eccentrica. Essa è, anzi, perfettamente organica alla corrente interpretazione del pensiero politico-giuridico della Indipendenza latino-americana.

Sulla ispirazione o matrice del pensiero politico-giuridico della “Indipendencia” si sono confrontate due opposte tesi, dette rispettivamente “tradizionale” e “liberale”.⁶

Secondo la “tesi tradizionale”,⁷ fondamento del pensiero costituzionale della “Independencia” latino-americana è la Scolastica, in particolare la Scuola di Salamanca della Seconda Scolastica, il cui massimo esponente è il gesuita Francisco Suárez.

Secondo la “tesi liberale”, il fondamento del pensiero costituzionale della Indipendenza latino-americana è, invece, rousseauiano.⁸

In conclusione, però, le due tesi convergono oggettivamente verso una sintesi sincretica — e, dunque, soltanto pseudo-sintesi — la quale prende atto della presenza, nel pensiero costituzionale della Indipendenza latino-americana, sia di elementi scolastici sia di elementi rousseauiani: tra

⁶ J. R. López Rosas, *Historia constitucional argentina*, 1a ed. Buenos Aires 1963-5a ed. 1996, 101 ss § 35. “Francisco Suárez y Juan Jacobo Rousseau”: «*Dos corrientes historiográficas disputan sobre la paternidad de la doctrina que fundamentó la tesis emancipadora. Una, la liberal, la otra la tradicional.*»

⁷ Elaborata, in particolare, dallo storico gesuita Guillermo Furlong: *Nacimiento y desarrollo de la filosofía en el Río de la Plata. 1536-1810*, Buenos Aires 1952.

⁸ Così, in particolare, Ricardo Levene: *La Revolución de Mayo y Mariano Moreno*, Buenos Aires 1921; *cf.* Id., *Síntesis sobre la Revolución de Mayo*, Buenos Aires 1931; Id., “Los sucesos de Mayo” in *Academia Nacional de la Historia, Historia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, t. 5, 1956; Id., “Intentos de independencia en el Virreynato del Río de la Plata” *ibidem*; Id., “El Congreso General de las Provincias y la Conferencia del 18 de diciembre” *ibidem*; Id., “Prólogo” a Rousseau, *El contrato social o principios de derecho político*, Buenos Aires 1958. *Cfr.*, più recentemente, A. López Michelsen, “Consideraciones sobre nuestra evolución constitucional” in *Revista de la Universidad Nacional* (1944-1992); núm. 3, 1945; ora in *Revista Trimestral de Cultura Moderna*, Jun-Jul-Ago 2010; 133-145 [= *Revistas electrónicas UN > Revista de la Universidad Nacional* (1944-1992) - <http://www.bdigital.unal.edu.co/17644/#sthash.mWkjjvFL.dpuf>] «*La Constitución Política de Colombia ha sido la misma en sus líneas fundamentales desde 1811 hasta nuestros días. El principio de que la soberanía reside esencialmente en la Nación, o sea el dogma rousoniano de la soberanía popular, ha permanecido inalterable a través de todas las constituciones.*»

loro sostanzialmente disomogenei. Scrive il costituzionalista argentino José Rafael López Rosas:

Las dos tendencias- historiográficas que hemos analizado revisten singular importancia, no sólo desde el punto de vista de la simple investigación de nuestro pasado o del enfoque de nuestra historia constitucional, sino porque, además de ello, significan dos posturas espirituales, dos estilos de vida que, a través de todo el proceso argentino se han venido y se vienen contraponiendo en todos los órdenes de la existencia nacional.⁹

La colorita definizione come “curiosa mezcla” del pensiero costituzionale dei deputati americani a Cadice è una manifestazione di quella che definisco — in maniera anch’essa colorita — ‘pseudo-sintesi sincretica’.

(2). L’apparente problema giuridico, il rapporto di mandato tra governanti e governati: contratto o comando?

E’ oggettivamente degno di nota che al fondo o, meglio, alla base del dibattito sulla ispirazione o matrice del pensiero politico-giuridico della Indipendenza si trova un problema squisitamente tecnico-giuridico, il quale (secondo il sentire — questa volta comune — degli assertori di tutte e tre le “tesi”) divide irrimediabilmente il pensiero della Scolastica dal pensiero di Rousseau, anche quando questi ‘pensieri’ appaiono obiettivamente convergere.

Le idee di Suárez sono, infatti, non meno rivoluzionariamente democratiche che quelle di Rousseau. Lo stesso Furlong ricorda che, secondo la dottrina politica di Suárez, «*el principado político no viene inmediatamente sino mediadamente de Dios*» in quanto Dio conferisce «*la potestad suprema a la comunidad, al pueblo*» e tale potestà «*aun cuando haya sido transferida al príncipe, queda retenida in habitu por el pueblo* (populus eam in habitu retinet), *no pudiendo éste restringirla ni abrogarla sino en casos muy graves*». ¹⁰ Nel 1761 (l’anno prima della pubblicazione del *Contrat social*) il Re di Francia ordina il rogo pubblico di tutti gli scritti e le pubblicazioni del sacerdote gesuita in quanto attentatori dei principi della Monarchia e il

⁹ J. R. López Rosas, *Historia constitucional argentina*, cit., 107.

¹⁰ G. Furlong, *Nacimiento y desarrollo de la filosofía en el Río de la Plata*, cit., che utilizza lo studio di I. Gómez Robledo, *El origen del poder político según Francisco Suárez*, México 1948, 36. Sulle concezioni ‘societarie’ di Francisco Suárez, vedi G. Conticelli, “Alle radici del modello moderno di Stato e società civile nella cultura teologica-giuridica postumanistica (a proposito di F. B. Costello, *The Political Philosophy of Louis de Molina S.J. 1535-1600*, Roma-Spokane 1974)” in *Quaderni Fiorentini*, 1978, 531; Teresa Rinaldi, “Origine e finalità della società politica nel *De Legibus* di Francisco Suárez” in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2001 vol.78 n. 2, 169 ss.

Re di Spagna (con cedula del 12 agosto 1768 e 4 dicembre 1772) proibisce la lettura e l'insegnamento delle sue opere in tutta la Spagna e in America. Pare, inoltre, che la espulsione della Compagnia di Gesù si debba, specialmente in America, all'insegnamento rivoluzionario impartito dai Gesuiti nelle loro Università e Collegi contro l'assolutismo regio.

Ciò che, tuttavia, impedisce di considerare Suárez e Rousseau espressione di una medesima/unica linea di pensiero politico-giuridico è la questione della natura di "contratto" (affermata dall'uno e negata dall'altro) del rapporto di mandato tra governanti e governati.¹¹

Come vedremo più avanti, tale 'questione', nella realtà, non esiste.

2. Una interpretazione per andare oltre: nella Costituente di Cadice scontro tra due, opposte soluzioni del reale e fondamentale problema giuridico

a. I termini essenziali del problema: la concezione e l'ordinamento della collettività

Nella storia e nella dogmatica giuridica, la questione — invece — reale e fondamentale è quella indissolubilmente composta dalla concezione del "soggetto" del diritto e dal regime del suo predicato, ovvero del suo agire volontario, ovvero della sua volizione.

¹¹ Scrive José Rafael López Rosas: «Cabe ahora preguntar si el pacto o contrato a que se refirió Castelli al fundamentar la doctrina revolucionaria fue el de Suárez o el Contrato social de Rousseau. Para ello se sostiene que en la teoría de este último la soberanía es intransferible y sólo la posee el soberano o el pueblo. "Desde el momento en que hay un amo (rey) ya no hay soberano y desde entonces está destruido el cuerpo político". Además, el pacto de Rousseau se realiza entre los miembros de la comunidad y no entre pueblo y monarca. En cambio, en la doctrina de Suárez, como ya se ha dejado expuesto, el pacto se realiza entre pueblo y rey, a quien el primero delega su soberanía. Violado el contrato por uso despótico del poder o por caducar el gobernante, el pueblo vuelve al goce de su soberanía originaria. Evidentemente, bajo este aspecto la teoría suarista se amolda adecuadamente a la tesis de Castelli y al voto de Saavedra, cuando expresa este último que no queda duda "que es el pueblo quien confiere la autoridad o mando". Expresa Rousseau a continuación que "no hay más que un contrato en el Estado y es el de la asociación (entre los asociados). Éste —agrega— excluye a todo otro alguno". [...] Furlong, máximo expositor de esta tendencia historiográfica expresa: "Existiendo así en Suárez como en Rousseau la doctrina de un pacto social o político, pero siendo en el caso del filósofo español el pacto existente entre el pueblo y el soberano, y en el caso del filósofo ginebrino, el pacto de los ciudadanos entre sí, con expresa exclusión de todo pacto con gobernante alguno [...] creemos que, a priori, se puede dar por hecho histórico indubitable que fue el filósofo español, y con él la mayoría de los filósofos hispanos de idéntico sentir, y no el filósofo francés, el que dio a los hombres de 1810 la llave de oro que había de abrirles las puertas de la libertad".» (Historia constitucional argentina, cit., "Capítulo III. La revolución de Mayo. Las corrientes ideológicas en el Río de la Plata", § 35. "Francisco Suárez y Juan Jacobo Rousseau", pp. 101-107 in part. 105 s.)

Tale questione diviene ulteriormente complessa quando il “soggetto” è plurale. E’ la questione della concezione della natura e del regime volitivo unitari di una pluralità di uomini.

Questa reale, fondamentale e complessa questione troviamo anche al centro del dibattito costituente gaditano ed è precisamente sulle risposte da darle che si dividono e si contrappongono i liberali metropolitani e gli Americani.

b. *Le soluzioni contrapposte*

(1) Concezione astratta e ordinamento rappresentativo (con equilibrio di tre poteri) dei “liberali metropolitani”

Secondo i “liberali metropolitani”

la Nación no era la suma de sus individuos componentes, sino un ser puramente ideal, ficticio, un mero sujeto de imputación del poder, carente de existencia empírica. [...así como] habían expuesto años antes Sieyes y los liberales franceses revolucionarios, aunque los liberales españoles insistiesen [...] en que este dogma [...] se hallaba recogido ya en la legislación medieval de Castilla y Aragón.¹²

Conseguentemente, l’ordinamento, più correntemente considerato caratterizzante la “Costituzione di Cadice” e di cui sono fautori i *liberales metropolitanos*, consiste, essenzialmente, in quell’ordinamento che viene chiamato *sistema rappresentativo*; consiste, cioè, nella ‘rappresentanza politica’, attraverso la istituzione parlamentare.

(2) Concezione concreta e ordinamento municipale federativo degli “Americani”

I “deputati *americani*” sono, invece, portatori non

del dogma de soberanía nacional — como ocurrió con los liberales metropolitanos — sino, según las premisas del dogma roussoniano, de la soberanía

¹² J. Varela Suanzes-Carpegna, “Las Cortes de Cádiz: representación nacional y centralismo”, cit., § 1. “La idea de Nación en las Cortes de Cádiz” e § 3. “Los diputados americanos y la teoría territorial de la representación nacional: la defensa del mandato imperativo”. Vedi anche, *ibidem*, il § 2. “Los diputados realistas y la teoría estamental de la representación nacional” e il § 4. “Los diputados liberales de la metrópoli y la teoría individualista de la representación nacional”.

popular. Para estos diputados, en efecto, la soberanía no recaía en la nación como sujeto unitario, sino en todos y cada uno de sus individuos. O mejor dicho, al recaer en aquéllos entendían que debía residir en éstos una parte alícuota de la soberanía.¹³

È, inoltre, di iniziativa ‘americana’ la normativa in materia di ‘autonomie locali’, la quale ha una grande efficacia sia in Spagna sia nelle Americhe. Sollecitata da un deputato della Provincia messicana di Coahuila, Miguel Ramos de Arispe,¹⁴ la normativa produce, già nell’immediato processo di prima applicazione della Costituzione, una sorta di ‘esplosione’ di nuovi Municipi auto-governati, attraverso elezioni municipali a suffragio universale (maschile).

Ciò si innesta nel- e potenzia il già esistente sistema dei ‘poteri locali’, cioè l’elemento-chiave di contrapposizione positiva: sia al regime feudale nella penisola, sia (ampliando e consolidando la base istituzionale della componente ‘*criolla*’) al regime (che chiamiamo impropriamente) ‘coloniale’ nelle Americhe. In effetti, sono stati osservati sia la importanza storica del fenomeno istituzionale delle *reuniones de ciudades* delle Province indiane (sino a divenirne la base dei movimenti per la loro indipendenza) sia il suo riconoscimento storiografico (dato che esso «*inquietó desde antiguo a los historiadores de las instituciones indianas, llegando en algún caso al límite del apasionamiento*»¹⁵).

¹³ Varela Suanzes-Carpegna, *loc. ult. cit.*

¹⁴ Arispe (o Arizpe) presenta l’11 ottobre 1811 una nota contenente ben 10 proposte in materia di ‘poteri locali’, quasi tutte accolte dai Costituenti. Altre proposte, in questa stessa materia, sono poi presentate, con minor successo, da altri deputati americani: i centro-americani Larrazábal, Avila e Castillo. Vedi Marie Laure Rieu-Milan, *Los Diputados Americanos en las Cortes de Cadiz*, Madrid 1990, cap. VI. “La organización territorial”; prgf. A. “Los municipios”; § 2. “La reforma municipal”, 226 ss.

¹⁵ A. Levaggi, “Consideraciones sobre las reuniones de ciudades en el actual territorio argentino (siglos XVI a XVIII)” in *Tercer Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid 1973, 339-359.

Il limite di questo dibattito storiografico contemporaneo è l’essersi incentrato sulla coincidenza o meno della natura di tale istituzione con la istituzione (parlamentare) delle Cortes spagnole, sull’erroneo presupposto che soltanto la seconda abbia la consistenza di consolidato strumento giuridico per la assunzione di decisioni pubbliche. La conclusione del dibattito (come osserva ancora Levaggi) è negativa; ciò, però, significa non la inconsistenza istituzionale (come, in conseguenza di quel limite, si tende a interpretare) ma la differenza istituzionale delle Assemblee provinciali di Città americane (di origine e natura imperiale-repubblicana) rispetto alle Cortes spagnole (di origine e natura regia-feudale). Sulla origine anche formalmente ‘imperiale’, vedi ancora Levaggi, *op.cit.*, 343, secondo il quale più delle — pur importanti — cedule reali del 1530 e 1540 (*Rec. Indias*, libro IV, titolo VIII, leggi 2 e 4) «*el punto de arranque para nuestro estudio debe situarse [...] en aquellas otras reales*

Tornando alla ‘iniziativa’ dei deputati delle province americane, ne è stata espressamente riconosciuta la “ispirazione” federativa¹⁶ orientata alla creazione di uno “Stato di autonomie” contro le riforme borboniche della *Monarquía ilustrada* orientate verso uno “Stato centralizzato” e difese dagli *ideólogos*

cédulas de Carlos I, de 1519 y 1528 (ley 1ª, título XI, libro IV, Rec. Indias), por las cuales declaró “que las Ciudades, Villas y Poblaciones de las Indias puedan nombrar Procuradores, que asistan a sus negocios, y los defiendan en nuestro Consejo, Audiencias y Tribunales para conseguir su derecho y justicia, y las demás pretensiones, que por bien tuvieron”, y que, interpretadas en un sentido lato hicieron posible la actividad multiforme desplegada por los procuradores ordinarios y extraordinarios nombrados en sucesión ininterrumpida por todas las ciudades indianas.» Nel 1519, Carlo I di Spagna aveva lasciato la penisola iberica per dirigersi in Germania, dove già era stato eletto Imperatore e dove sarà incoronato il 23 di ottobre, come Carlo V.

Si noti, inoltre, che le Assemblee provinciali di Città sono una importante istituzione dell’Impero romano, la quale si ritrova (persino sempre con lo stesso nome) anche nella storia della Francia, per la cui Rivoluzione svolge un ruolo altrettanto importante (vedi, infra, § ...) che quello della istituzione ‘indiana’ per la Indipendenza latino-americana. La loro conoscenza sarebbe stata utile per il dibattito sulle Assemblee provinciali ‘indiane’. Purtroppo, come osserva Remo Martini (“Sulla partecipazione popolare ai concilia provinciali nel tardo impero” in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana*, vol. 13. 2001, 709-717) tale «tema estremamente interessante, fino ad oggi non ha riscosso soverchia attenzione da parte dei romanisti [...] di esso non è praticamente traccia nei manuali [...] mentre [...] se ne sono occupati abbastanza gli storici»; da parte dei quali però (in particolare, da parte di Jürgen Deininger) ci si è chiesto se «questi concilii [...] fossero organi rappresentativi», cadendo, cioè, nel medesimo errore storico-dogmatico di credere che la unica forma pensabile di organizzazione vasta sia quella rappresentativa di tipo parlamentare.

¹⁶ J. Varela Suanzes-Carpegna, “Las Cortes de Cádiz: representación nacional y centralismo” cit. § 1: «a las tradiciones y a los principios del Derecho de Indias y emparentadas también con el pensamiento escolástico y con el iusnaturalismo germánico, en especial el de Puffendorf. [...] a través de sus tesis sobre el pacto social y la federación [il corsivo è mio] (inspiradas en Grozio, quien en parte las había tomado de Suárez), en las que sostuvo la licitud de la retroversión de la soberanía a los “pueblos” o “provincias” en ciertos casos de interregno».

liberales;¹⁷ il tutto all'interno di un dibattito, che non utilizza la categoria "autonomia"¹⁸ ma la dialettica tra "*estado unitario [...] y estado federativo*".¹⁹

I "deputati *americanos*" sono, dunque, fautori di un ordinamento che possiamo definire come 'municipale federativo'.

c. Il sincretismo è, piuttosto, nella Costituzione di Cadice

In prima conclusione e in maniera un poco provocatoria possiamo dire che — semmai — "curiosa mezcla" e sincretica è la Costituzione di Cadice, quale risulta dalla combinazione degli apporti — questi sì tra loro opposti — dei "liberali metropolitani" e degli Americani.

Per quanto concerne la concezione della natura della collettività, ciò appare nel Titolo I ("*De la nación española y de los españoles*") della Costituzione; in particolare già nell'art. 1 «*La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios*», con il paradosso della definizione (per dirla con un ossimoro) non-nazionalistica della "Nazione".²⁰

Per quanto concerne l'ordinamento della collettività, appartengono certamente al patrimonio istituzionale "liberale" il Titolo III ("*De las Cortes*") il cui «*Artículo 27. - Las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos en la forma que se dirá*»²¹ corrisponde

¹⁷ Circa il centralismo 'liberale', vedi anche F. Suárez, *Las Cortes de Cádiz*, Madrid 2002, 115 ss., il quale (*op. cit.*, 119) ricorda la seguente affermazione del deputato liberale Muñoz Torrero: «*Es menester que nos hagamos cargo que todas estas divisiones de provincias deben desaparecer, y que en la Constitución actual deben refundirse todas las Leyes fundamentales de las demás provincias de la Monarquía, especialmente cuando en ella ninguna pierde. La comisión se ha propuesto igualarlas todas. Yo quiero que nos acordemos que formamos una sola Nación y no un agregado de naciones.*» In effetti, l'articolo 12 della Costituzione recita «*Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan.*»

¹⁸ Utilizza la categoria "sistema di autonomie" la legge italiana n. 142 del 1990 ("Ordinamento delle Autonomie comunali") la quale ha introdotto, nell'ordinamento italiano, una intera serie di 'novità' (pur ravisandosene radici in enunciati già della Costituzione del '48) veramente straordinaria (sia per quantità/qualità, sia per organicità) e dalla quale emerge una visione sia complessiva sia analitica della organizzazione pubblica: se non proprio pienamente democratica/repubblicana quanto meno orientata in senso democratico/repubblicano, iniziando, appunto, con la ri-definizione degli Enti di autonomia locale (da 'partizioni dello Stato' in "sistema di autonomie": art. 3.3) connessa a un processo "programmatorio", procedente dal basso verso l'alto (art. 3.5 «Comuni e province concorrono alla determinazione degli obiettivi contenuti nei piani e programmi dello Stato e delle regioni»).

¹⁹ Vedi ancora Marie Laure Rieu-Millan, *Los Diputados Americanos en las Cortes de Cadiz*, *loc. cit.*

²⁰ J. Varela Suanzes-Carpegna, "El pueblo en el pensamiento constitucional español (1808-1845)" *cit.* 208 s.

²¹ «Título III. De las Cortes (artt. 27-167); Capítulo I. Del modo de formarse de las Cortes».

esattamente all’«Artículo 3. (del Título I) - *La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales*». ²² Il Titolo III, sede dell’ordinamento rappresentativo, è, quindi, integrato con i Titoli IV (“*Del Rey*”) e V (“*De los Tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal*”). Il risultato complessivo è l’equilibrio dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario: «Artículo 15.- *La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey*; Artículo 16.- *La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey*; Artículo 17.- *La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley*». ²³

Sede dell’ordinamento di più diretta matrice americana è, invece, essenzialmente, il Titolo sesto (“*Del Gobierno interior de las Provincias y de los Pueblos*”) i cui articoli disciplinano la vita delle ‘*Diputaciones provinciales*’ e, soprattutto, degli ‘*Ayuntamientos*’ (Capítulo I. “*De los Ayuntamientos*”) ovvero sia quello che oggi chiameremmo “sistema delle autonomie locali”. ²⁴ In particolare, è significativa e determinante la ri-costituzione dell’istituto municipale con amministrazione eletta dai cittadini («Artículo 312. - *Los alcaldes, regidores y procuradores síndicos se nombrarán por elección en los pueblos, cesando los regidores y demás que sirvan oficios perpetuos en los ayuntamientos, cualquiera que sea su título y denominación*») in tutti gli insediamenti abitativi di almeno 1.000 abitanti («Artículo 310. - *Se pondrá ayuntamiento en los pueblos que no le tengan, y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondientes*»). ²⁵

III. LA VERIFICA: IL (PIÙ) GENERALE CONTESTO POLITICO-GIURIDICO COEVO, EUROPEO E AMERICANO

1. *La migliore dottrina (da cui procedere): alla origine della epoca contemporanea, il “conflitto tra due linee opposte, liberale e democratica”*

Per meglio comprendere il senso delle opposte opzioni costituzionali gaditane, occorre collocarle nel (più) generale, coevo contesto ‘di crisi’ e l’esame di

²² «Título I. De la Nación española y de los españoles; Capítulo I. De la Nación española».

²³ «Título II. Del territorio de las Españas, su religión y gobierno y de los ciudadanos españoles; Capítulo III. Del Gobierno».

²⁴ Vedi, *supra*, nt. 18.

²⁵ Per un inquadramento di tale normativa nella storia giuridica spagnola, vedi E. Orduña Rebollo, *Municipios y Provincias. Historia de la Organización Territorial Española*, Madrid 2003, in part. Cap. VIII “El Municipio constitucional”; § V.c. “Los Ayuntamientos en el texto constitucional”, 294 ss.

tale contesto ci riserva una lunga serie di sorprese, rispetto alla *vulgata* della Dottrina — ancora — largamente dominante.

La prima e *potissima* di tale ‘lunga serie di sorprese’ è che, alla origine del cosiddetto *nouveau régime* e, comunque, delle Costituzioni contemporanee, cui introduce la ‘*Grande Révolution*’, troviamo la opposizione non tra conservatori e innovatori ma tra due idee di innovazione: “liberale” e “democratica”.

Contro l’uso di mettere il pensiero rousseauiano dentro la categoriae “liberale”, è stato, oramai da lungo, osservato e argomentato da Pierangelo Catalano che:

*On oublie facilement que les modèles constitutionnels tracés par ces deux auteurs de langue française [scl. : il Barone di Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau] sont opposés entre eux et déterminent deux lignes de pensée politique et juridique qui sont en conflit parfois violent entre elles, notamment pendant la Révolution française: la ligne de pensée girondine et libérale contre la ligne jacobine et démocratique.*²⁶

Il “modello” della “linea di pensiero politico e giuridico liberale” è inglese medievale-moderno.²⁷

²⁶ P. Catalano, “Constitutionnalisme latin et constitution de la République romaine de 1848 (à propos du droit public romain du tribunal)” in L. Reverso, sous la direction de, *Constitutions, républiques, mémoires. 1849 entre Rome et la France*, Paris 2011, 31.

La distinzione politologica tra liberalismo e democrazia (pure operata correntemente, vedi, ad esempio, F. A. von Hayek: “Los principios de un orden social liberal” in *Estudios públicos*, n. 6, 1982, 179 ss.) non è affatto soddisfacente per il difetto grave di distinzione costituzionale, cioè la definizione (altrettanto corrente) del costituzionalismo rappresentativo come “democrazia”, anzi, come “la democrazia” (seppure “*in-diretta*”). Sempre a titolo di esempio, posso indicare, come applicazione di tale insoddisfacente distinzione alla nostra questione, il lavoro — peraltro valido — di A. Moliner Prada, “Liberalismo y democracia en la España del siglo XIX: las constituciones de 1812 y 1860” in *Jerónimo Zurita*, 85, 2010, 167-190. Sul venire meno della distinzione scientifica tra costituzionalismo parlamentare-rappresentativo e costituzionalismo repubblicano-democratico, vedi G. Lobrano, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, 5 ss. e 223 ss.

Sulla alternativa tra costituzionalismo girondino e costituzionalismo giacobino, vedi anche Fernanda Mazzanti Pepe, *Il nuovo mondo di Brissot. Libertà e istituzioni tra antico regime e rivoluzione*, Torino 1996, 322 ss. (cfr. Id., “La circolazione di culture costituzionali estere nel triennio ‘giacobino’ in Italia” in *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Número 7 - Septiembre 2006) e, per aggiornamenti bibliografici, M. Fioravanti, “Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell’*Acte constitutionnel* del 24 giugno” in *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Número 8 - Septiembre 2007. Circa la qualificazione come “libéraux” dei “révolutionnaires girondins” e come “constitution girondine” della Costituzione del ‘91, vedi J. Orval, *Une histoire humaine de la Franc-maçonnerie spéculative*, Liège 2006, 214.

Vedi, inoltre, *infra*, ntt. 32 e 81.

²⁷ P. Dubouchet, *De Montesquieu le Moderne à Rousseau l’Ancien. La démocratie et la république en question*, Paris, Montréal (Québec), Budapest [etc.] 2001.

Il “modello” della “linea di pensiero politico e giuridico democratico” è romano antico.²⁸

I contenuti dei due “modelli costituzionali” sono, quindi, così rispettivamente (in prima approssimazione) definiti:

*Le modèle libéral (précisé par Benjamin Constant) exprime les théories de la représentation politique (“système représentatif”) et de la division/séparation (équilibre) des pouvoirs. Le modèle démocratique (en partie ré-esquisé par l’avocat Maximilien Robespierre) suppose une critique du “despotisme représentatif” et de l’“équilibre des pouvoirs” ainsi qu’une réaffirmation de la souveraineté du peuple en tant qu’ensemble de citoyens.*²⁹

2. Per procedere: ricordare il pensiero politico-giuridico “democratico”, programmaticamente “dimenticato”

a. Gli elementi costitutivi essenziali: la concezione “concreta” ma anche l’ordinamento municipale federativo della collettività

«Le modèle démocratique suppose une critique du “despotisme représentatif” et de l’“équilibre des pouvoirs” ainsi qu’une réaffirmation de la souveraineté du peuple en tant qu’ensemble de citoyens»: ciò che resta da formulare è, dunque, la definizione positiva dell’ordinamento democratico (tale non è la «critique du “despotisme représentatif”»).³⁰ Dobbiamo, allora, ‘procedere’.

L’oubli (vedi ancora Catalano, *loc. cit.* nel testo del § precedente) della contrapposizione tra i “due modelli costituzionali” e, quindi, la confusione tra la categoria di “liberale” e di “democratico” compromette la retta comprensione di entrambe le categorie ma colpisce e affonda, direttamente, quella della categoria ‘democrazia’.³¹

²⁸ P. Dubouchet, *De Montesquieu le Moderne à Rousseau l’Ancien*, cit.

²⁹ P. Catalano, *loc. ult. cit.*

³⁰ Catalano dà un contributo importante anche alla ricostruzione dell’ordinamento democratico, osservando (ancora contro la dottrina assolutamente dominante) la specificità del potere tribunitio e denunziandone la “dimenticanza” (vedi anche P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971; Id., “Un concepto olvidado: “poder negativo”” [1980] in Aa.Vv., *Costituzionalismo latino*, I, [= Progetto Italia-America Latina. Ricerche giuridiche e politiche, Materiali, IX/1* Sassari, s.d., 40 ss”). Tuttavia, come rilevava puntualmente Rousseau, «Le tribunit (per quanto istituzione sommamente importante) n’est point une partie constitutive de la cité» (CS, 4,5 “Du tribunit”).

³¹ Vedi M. Finley, *Democracy Ancient and Modern*, New Brunswick 1972. Moses Finley osserva che all’odierno consenso generale sulla parola ‘democrazia’ corrisponde a una svalutazione talmente radicale del concetto da renderne inutile qualsiasi analisi. Lo stesso Finley, nella “Prefazione alla seconda edizione” (1981) rileva anche l’«afferinarsi di una teoria

La strategia della dimenticanza della specificità della “democrazia” rispetto al cosiddetto “sistema rappresentativo” inizia già nel 700³² ma tale strategia è condotta innanzi e conclusa nell’800, soprattutto dalla grande scienza giuridica tedesca detta Pandettistica (proprio in quanto romanistica: “*on n’est jamais trahi que par les siens*”) la quale — letteralmente — sovra-scrive il “sistema rappresentativo” sul “modello democratico” del Diritto romano.³³

elitista della democrazia [...] formulata all’inizio di questo secolo con un cospicuo contributo dei pensatori italiani, Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto, e di un immigrato tedesco in Italia molto apprezzato da Mussolini, Roberto Michels, un tempo influente esponente della socialdemocrazia tedesca [... secondo la quale] la democrazia può funzionare e sopravvivere solo nelle forme di una oligarchia *de facto* di politici professionisti e di burocrati [...] la partecipazione popolare deve esserci solo in occasione delle elezioni [...] un’apatia politica è un segno di salute» (le citazioni sono prese dalla edizione italiana M.I. Finley, *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Bari 1982, 11 e vii).

³² In Francia, invece, tra il 1784 e il 1788, sono pubblicati i primi quattro volumi della *Encyclopédie méthodique*, sezione “Economie politique”, di cui è responsabile, coordinatore nonché sovente autore di voci Jean-Nicolas Dèmeunier (la pubblicazione dell’*Encyclopédie méthodique* proseguirà sino al 1832, raggiungendo la mole straordinaria di 166 volumi di testo più 51 di ‘planches’; cfr. in proposito L. Guerci, *Libertà degli antichi e libertà dei moderni*, Sparta, Atene e i philosophes nella Francia del Settecento, Napoli 1979, 243 nt.55.) e qui si può trovare un risalente impiego della parola democrazia *tout court* per indicare, con giudizio di approvazione, il cosiddetto “sistema rappresentativo”. Secondo Dèmeunier, ad Atene la “*constitution du gouvernement*” fu “*purement démocratique*”, “*gouvernement défectueux*”, caratterizzato da decreti del popolo ingiusti e assurdi in maniera “*révoltante*”. Nell’articolo “*Démocratie*” vi è una programmatica esclusione dalla analisi della “*démocratie pure*”, “*en général fort dangereuse*”, a favore di uno studio benevolo della ‘democrazia’ senza aggettivi. Avendo la “*démocratie pure et simple*” gravi difetti, bisognava rimediare con istituzioni aristocratiche, in particolare, con un “*sénat*”. Il concetto di “*aristocratie élective*” e le lodi per gli “*heureux tempéraments qu’a imaginés la nation anglaise*” sono quindi fusi con l’apprezzamento per la ‘democrazia’ intesa *lato sensu*, la quale, anzi, appare identificarsi con quella combinazione, scartandosi, invece, la “*pure démocratie*” e, insieme, la aristocrazia “*naturelle*” o “*héréditaire*”.

In questa logica, Dèmeunier, filobritannico e, sopra tutto, filo-statunitense (egli è anche autore di un *Essai sur les États-Unis*, 1786, e Luciano Guerci [*Libertà degli antichi e libertà dei moderni*, cit., 255] scrive di “ammirazione di Dèmeunier per gli Stati Uniti”), sostenitore del sistema rappresentativo e della “*balance*” dei poteri, afferma: «*les institutions américaines sont biens démocratiques*». Secondo lui, «*Nous avons fait voir à l’article démocratie dans quelles erreurs on est tombé [...] pour avoir mal saisi le sens du terme démocratie, ou gouvernement démocratique: le livre de l’Abbé de Mably est plein de faux jugements qui viennent de cette méprise. [...] Dans les républiques de l’antiquité dont on nous parle, le peuple agissoit par lui-même & sans représentants; dans les États-Unis, il agit par représentants & non par lui même: le gouvernement y est démocratique; mais ce n’est pas une démocratie, si l’on donne à cette expression la valeur qui lui donnent Aristote & M. l’Abbé Mably*» (Voce «*Etats-Unis*» della *Encyclopédie méthodique* II cit. 364).

³³ G. Lobrano, “La alternativa attuale tra i binomi istituzionali ‘persona giuridica e rappresentanza’ e ‘società e articolazione dell’iter di formazione della volontà’ Una ipo-tesi (mendeleviana)” in *Diritto@Storia*, n. 10 - 2011-2012.

Tale ‘sovra-scrittura’ concerne — ovviamente — sia la concezione sia l’ordinamento della collettività: le quali diventano: *necessariamente* “astratta” l’una e, conseguentemente, *esclusivamente* “rappresentativo” l’altro.

Negli anni ’70, sempre Catalano ha rimostrato sia la natura “concreta” della collettività (il *populus*) nella concezione dei giuristi romani e la conseguente assenza presso di essi dell’ordinamento della rappresentanza della volontà sia la loro ri-proposizione da parte del “pensiero politico e giuridico democratico”.

La domanda da porsi è: quale è l’ordinamento della collettività che corrisponde alla concezione concreta della stessa? La risposta da dare è: l’ordinamento “societario”.³⁴ Nella sua forma matura, tale ordinamento è (come vedremo) municipale federativo e si esprime lungo una linea, sia di pensiero sia di prassi, che va dall’evo antico a quelli medievale, moderno e contemporaneo.

Tale ordinamento — lo vedremo dopo ma dobbiamo dirlo subito — nulla ha a che fare con il “federalismo” dei *Federalists* di Filadelfia e della Costituzione da essi propiziata nel 1787.³⁵

2. Il pensiero politico-giuridico del “padre della democrazia”, Rousseau, e dei suoi autori di riferimento moderni, Suárez e Althusius: “societario” cioè municipale federativo

(1) Il “Padre della Democrazia” Jean-Jacques Rousseau

Jean-Jacques Rousseau, il “padre [contemporaneo] della democrazia”³⁶ è anche il massimo teorico e propositore proto-contemporaneo dell’ordinamento ‘municipale federativo’.

Secondo Rousseau, l’essere il popolo comunità “concreta” dei cittadini (costituita mediante il “contratto di società”) consente allo stesso popolo di essere *realmente* “sovrano”; gli consente, cioè, non soltanto di essere titolare

³⁴ G. Lobrano, “La alternativa attuale tra i binomi istituzionali ‘persona giuridica e rappresentanza’ e ‘società e articolazione dell’iter di formazione della volontà’” cit.

³⁵ Vedi, *infra*, nt. 59.

³⁶ Nel «*compte rendu*» della ponderosa biografia rousseauiana di Raymond Trousson (*Jean-Jacques Rousseau*, Paris 2003, 850 p.) Jean-Pierre Gross («Jean-Jacques Rousseau» in *Annales historiques de la Révolution française*, 337, 2004, 196-199 [*«en ligne»* dal 15 février 2006]) scrive «*Si la pensée rousseauiste est naturellement révolutionnaire, c’est parce qu’elle se fonde, non sur un appel à la révolte ou aux réformes, mais sur un devoir-être. Chez Rousseau, comme le souligne son nouveau biographe, la notion de droit l’emporte sur les faits, ou plutôt il exige d’examiner «des faits par le droit», selon la formule du Discours sur l’inégalité. De là le radicalisme du Contrat social [...] Rousseau est bien le père de la démocratie moderne.*».

del potere di “comando generale” ma anche di esercitarlo. L’esercizio di tale potere (cioè la espressione da parte della collettività “concreta” della propria volontà) comporta che tale collettività non può / non deve essere troppo grande: «*Tout bien examiné, je ne vois pas qu’il soit désormais possible au souverain de conserver parmi nous l’exercice de ses droits si la cité n’est très petite*» (*Contrat social*, 3.15 “Des députés ou représentants”). L’unica società pubblica non soltanto esistente ma anche pensabile è, dunque, la “piccola Città”.

Una volta stabilito che la — non sostituibile né pretermisibile — cellula costitutiva della comunità politica democratica è la “piccola Città”, un problema si pone immediatamente: «*Mais si elle [la cité] est très petite elle sera subjuguée? Non. Je ferai voir ci-après [32] comment on peut réunir la puissance extérieure d’un grand peuple avec la police aisée et le bon ordre d’un petit Etat*». Nella nota “32” Rousseau non elabora estesamente il problema, limitandosi ad un cenno — anzi fugacissimo ma perfettamente chiaro — della sua soluzione, la federazione delle Città: «*C’est ce que je m’étais proposé de faire dans la suite de cet ouvrage, lorsqu’en traitant des relations externes j’en serais venu aux confédérations. Matière toute neuve et où les principes sont encore à établir*». ³⁷

Questa ordinamento ‘municipale federativa’, esposto fugacemente ma chiaramente nel *Contrat social*, è quindi posto al centro del *Projet de constitution pour la Corse* (1763): «*C’est ici la maxime fondamentale de notre institution. [...] Les pièves [...] sont le seul moyen possible d’établir la démocratie dans tout un peuple qui ne peut s’assembler à la fois dans un même lieu*».

Si tratta, peraltro, di uno sviluppo inevitabile del pensiero politico-giuridico rousseuiano: se il contratto di società è il motore logico che mette insieme gli uomini per farne la Città (“*sont les citoyens qui font la cité*”), ³⁸ non potrà darsi altro motore logico per mettere insieme le Città, pena la schizofrenia dell’autore e della sua costruzione.

Jean-Jacques Rousseau ci indica la strada e ci chiede espressamente di ‘procedere’ su di essa.

- (2). I suoi interlocutori moderni: gli autori di riferimento (Johannes Althusius ma anche Francisco Suárez) e gli avversari (il Barone di Montesquieu ma anche Thomas Hobbes)

³⁷ Chapitre 3.13 «[Comment se maintient l’autorité souveraine.] Suite» «c’est toujours un mal d’unir plusieurs villes en une seule cité et que, voulant faire cette union, l’on ne doit pas se flatter d’en éviter les inconvénients naturels. Il ne faut point objecter l’abus des grands États à celui qui n’en veut que de petits. Mais comment donner aux petits États assez de force pour résister aux grands? comme jadis les villes grecques résistèrent au grand roi, et comme plus récemment la Hollande et la Suisse ont résisté à la maison d’Autriche.»

³⁸ CS, Chapitre 1.6 «Du pacte social».

La coincidenza di democrazia e di ordinamento municipale federativo, attraverso la nozione giuridica di (contratto di) società, è il filo logico che conduce dalla Scolastica (in particolare dalla Seconda Scolastica) a Rousseau: transitando per Johannes Althusius.

Rousseau — come abbiamo già ricordato — utilizza dichiaratamente come “modello” delle proprie proposizioni costituzionali la organizzazione del Popolo romano: la Repubblica antica.³⁹ Egli ha, però, anche degli autori di riferimento moderni.

Rousseau, infatti, raccoglie e sviluppa il pensiero di Johannes Althusius. Come osserva puntualmente Robert Derathé, il massimo specialista contemporaneo di Althusius, Otto von Gierke, si era subito reso conto della influenza di Althusius su Rousseau o, quanto meno, della convergenza dottrinarie di Rousseau con Althusius anche se, soltanto quando scrive la seconda edizione del proprio saggio, Gierke ha già trovato (nelle *Lettres écrites de la Montagne* [Lettre VI]) la prova documentale della conoscenza della *Politica* di Althusius da parte di Rousseau.⁴⁰

³⁹ Si noti che ancora nel 1962 il romanista francese Jean Cousin (partecipando, presso la Università di Dijon, alle giornate di studio per la commemorazione del 200° anniversario del *Contrat social*) constatava il silenzio tombale della scienza 8-900esca su tale interpretazione, la quale, peraltro, occupa per intero il quarto dei quattro “libri” di cui il *Contrat* si compone (“J.-J. Rousseau interprète des institutions romaines dans le *Contrat social*” in AA.VV., *Études sur le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris 1964, 13). Cousin, peraltro, in linea con la cultura della propria epoca, si limita ancora a rimproverare a Rousseau la sopravvalutazione degli istituti giuridici rispetto ai rapporti economici. Ma Rousseau, il quale assume il “popolo romano” come “modello” (*Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*, “Dedicace” «*Le peuple romain [...] ce modèle de tous les peuples libres*») dichiara e difende il proprio obiettivo di studiarne e comprenderne specificamente le istituzioni giuridiche: i “costumi” [*Discours sur l’origine etc.*, nt. xix], le “leggi” [C.S., 1.4, nt.3 alla ed. 1782 «*Les Romains sont ceux qui ont le moins souvent transgressé leurs lois et ils sont les seuls qui en aient eu d’aussi belles.*»], il sistema elettorale, le assemblee popolari, il tribunato, la dittatura, la censura e la religione civile [C.S., 4.2-8], il “governo” [*Lettres écrites de la montagne. Lettre VI; Discours sur l’économie politique*]. Rousseau torna sui “tribuni” anche nelle *Considérations sur le Gouvernement de Pologne* e vedine il *Projet de constitution pour la Corse*, a proposito delle “Gardes des Lois”, evidente riproposizione della “*sacrosancta*” magistratura plebea (cfr. G. Lobrano e P.P. Onida, a cura di, *Il principio della democrazia. Jean-Jacques Rousseau, Du Contrat social (1762)*, Napoli 2012), È, del resto, lo stesso metodo di Montesquieu, il quale aveva concluso così il famoso capitolo 6 “*De la constitution d’Angleterre*” del libro 11 “*Des lois qui forment la liberté politique, dans son rapport avec la constitution*”, dell’*Esprit des Lois*: «*Ce n’est point à moi à examiner si les Anglais jouissent actuellement de cette liberté, ou non. Il me suffit de dire qu’elle est établie par leurs lois, et je n’en cherche pas davantage*»

⁴⁰ R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris 1950 [rist. 1995] 93; O. von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*², Breslau 1902 [1a ed. 1880] 333 [vedi tr.it. a cura di A. Giolitti, Torino 1943, rist. 1974, Parte seconda, Cap. III “La dottrina della sovranità popolare”, § III. “Dall’Althusius al Rousseau” 4 “La dottrina della sovranità popolare secondo il Rousseau”].

Nella costruzione di Johannes Althusius, le cellule pubbliche di base sono le Città, la cui consociazione costituisce le Province, la cui consociazione costituisce l'Impero; nel quale Impero i Cittadini hanno non soltanto la titolarità ma anche l'esercizio (nelle Città) del potere sovrano, mentre i Governi (delle Città, delle Province e dell'Impero) devono farne (sotto il controllo degli Efori) rispettose sintesi successive. Tale costruzione è stata definita (con successo) "federalismo societario".⁴¹

A sua volta, Johannes Althusius — come ha, in particolare, dimostrato Ernst Reibstein — raccoglie e sviluppa il pensiero della Scolastica, in particolare della Seconda Scolastica.⁴²

Vi è, dunque, una continuità oggettiva tra il pensiero di Suárez, Althusius e Rousseau.

Il 'problema' (come ho già detto, soltanto 'apparente') sarebbe che, a differenza che nel pensiero di Rousseau, sia nel pensiero della Scolastica sia in quello di Althusius, la relazione tra governanti e governati è contrattuale. È, infatti, mediante un *pactum* (nel pensiero di Althusius, il secondo dei contratti fondativi dopo il *pactum unionis* costitutivo del Popolo dei Cittadini) che il governante «viene qualificato come mandatario obbligato ad operare nei limiti del mandato se non vuole essere revocato dal suo ufficio».⁴³

Mentre possiamo individuare oltre che in Althusius anche nella (Seconda) Scolastica gli autori moderni di riferimento delle argomentazioni di Rousseau, dobbiamo riconoscere oltre che in Montesquieu anche in Thomas Hobbes i loro avversari.

Questa notazione a risolvere l'«apparente problema».

(3) Il mandato: contratto e comando

Anche secondo P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 58 «il pensiero di Rousseau si collega a quello dell'Althusius»; cfr. 39.

⁴¹ Alcune interessanti osservazioni già in Th. O. Hüglin, *Sozialer Föderalismus. Die politische Theorie des Johannes Althusius*, Berlin - New York 1991.

⁴² E. Reibstein, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca*, Karlsruhe 1955; cfr. P.J. Winters, *Die Politik des Johannes Althusius und ihre zeitgenössischen Quellen*, Dissertation Universität Freiburg, Freiburg/Br. 1963; M. Villey, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1968, tr. it. dalla ed. fr. 1975 «oramai gli internazionalisti riconoscono che gli spagnoli Vitoria, Soto e Suarez e alcuni italiani della Scolastica cattolica del XVI secolo sono i veri "fondatori del diritto internazionale" e in filosofia del diritto si riconosce sempre di più quanto grande sia stata l'importanza e la influenza di un Suarez».

⁴³ Vedi A. Grimaldi, *Disegno storico del costituzionalismo moderno*, Roma 2007, 27.

La confusione regna nella materia delle dottrine contrattualistiche sulla origine dello “Stato” e scrivo “Stato” tra virgolette perché questo concetto è fattore non secondario della confusione.⁴⁴

Qui non posso affrontare la questione ma devo fornirne alcuni chiarimenti, necessari alla comprensibilità del nostro ‘discorso’.

L’atto giuridico del mandato, il quale mette in relazione i futuri governati e governanti, secondo Suárez e secondo Althusius è un contratto mentre secondo Rousseau non è un contratto, perché è un comando (dei futuri governati ai futuri governanti).

Il mandato è un istituto di Diritto romano, mediante il quale istituto il mandante può compiere atti giuridici grazie al mandatario.

Nel Diritto romano, i contratti sono atti inter-potestativi⁴⁵ mentre i comandi sono atti intra-potestativi. Il padre comanda (*iubet*) ai propri figli perché essi sono nella sua potestà e il *dominus* comanda (*iubet*) ai propri *servi* perché essi sono nella sua potestà. Per la stessa ragione, il padre non può stipulare contratti con i propri figli e il *dominus* non può stipulare contratti con i propri *servi*.

Il mandato, però, fa *quodam modo* eccezione perché esso è un contratto (quindi non stipulabile tra padri o *domini* e figli o *servi*) ma è anche un comando.

Da una parte, il *mandatum* è senza dubbio un contratto, come afferma, tra gli altri, il giurista Gaio: 3.88 s.; 3.135; 3.155-162⁴⁶ *etc.*

D’altra parte, tra *mandatum* e *iussum* (il sostantivo che, in latino, per eccellenza significa ‘comando’)⁴⁷ esiste una sorta di sinonimia, la quale si manifesta ancora evidentemente nei volgari del latino ed è attestata da fonti antiche sia letterarie sia giuridiche.⁴⁸ In particolare, nelle fonti antiche, tro-

⁴⁴ Il significato di “persona giuridica” (dotata del potere sovrano) che tale parola ha acquisito nel vocabolario giuridico contemporaneo viene correntemente sovrapposto su realtà assolutamente diverse, a iniziare da quella romana antica di *populus* (si veda esemplarmente il “fondamentale” *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1871-1888, di Theodor Mommsen).

⁴⁵ In generale, sui contratti nel Diritto romano, vedi G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino 1963.

⁴⁶ Gai. 3.88. *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.* 89. *Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu; 3.135. Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis; 3.155-162 [a proposito del mandato].*

⁴⁷ Vedi, ad es., le voci *jussum* e *mandatum* in [Karl Ernst] Georges - F. Calonghi, *Dizionario della lingua latina*. Vol. I., Torino 1930.

⁴⁸ C. Sanfilippo, *Corso di diritto romano. Il mandato*, Catania 1947, “Parte prima”, ora in *Rivista di Diritto Romano*, IV, 2004, p.12; *cf.*, più recentemente, Giovanna Coppola Bisazza,

viamo sia l'uso delle parole *mandare* e *mandatum*, per indicare il rapporto tra Cittadini e Magistrati,⁴⁹ sia la assimilazione dello *status* dei Magistrati, nei confronti del Popolo, a quello dei figli e dei *servi*, nei confronti del padre e del *dominus*.⁵⁰

La distinzione — semantica ancora prima che giuridica — la quale corre tra *manum dare* e *iubere* è che il 'contratto-comando' del *manum dare* risponde alla esigenza di trasferire (proprio) potere dal mandante al mandatario; esigenza cui non risponde il mero 'comando' *iussum*, rivolto a persona già posta all'interno del medesimo potere dello *iubens*. In altre parole, il *manum dare*, che significa "dare potere", è lo strumento (alternativo allo *iubere*) per quei 'negozi a tre' (cioè con un *dominus negotii*, un 'intermediario' [non, attenzione, un "sostituto"]⁵¹ e un terzo) nei quali l'"intermediario" non è, *aut natura aut iure, subiectus* alla *potestas* del *dominus negotii*.

"Aspetti della sostituzione negoziale nell'esperienza giuridica romana" in *Rivista di Diritto Romano*, III, 2003, 9; Id., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della storia della rappresentanza*, Milano 2008, 62 s.; S. Randazzo, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, in part. 39; Maria Miceli, *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, Vol. I, Milano 2008, 239.

⁴⁹ Vedi, ad es., Tac. *ann.* 11.24 *mandare magistratus*. Per la dottrina: L. Winkel, "*Mandatum im römischen öffentlichen Recht*?" in D. Nörr e Sh. Nishimura, Hrsg., *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin etc. 1993, 53 ss. Sono interessanti le considerazioni di Giorgio La Pira sul mandato 'politico'. Per una indicazione dei testi di questo autore vedi Maria Miceli, "Brevi riflessioni su mandato e rappresentanza alla luce del pensiero di G. La Pira" in Aa.Vv., "*La cattedra "strumento sacro". Incontro dei romanisti*". Roma 11-13 Novembre 2004. Università di Roma "La Sapienza", Atti del Convegno per la celebrazione del centenario dalla nascita di Giorgio La Pira.

⁵⁰ Paul. D. 50.16.215 '*Potestatis' verbo plura significantur: in persona magistratum imperium: in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium; cfr. Cic., de orat. 167: magistratus in populi Romani esse potestate debent.*

⁵¹ La dottrina giuridica contemporanea — correntemente e giustamente — insegna a proposito anche della cosiddetta "rappresentanza della volontà" trattarsi non di "cooperazione" tra due volontà ma di "sostituzione" della volontà del rappresentato con la volontà del rappresentante (P. D'Amico, "Rappresentanza. I. Diritto civile" in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXV, 1991; purtroppo, lo schema della rappresentanza della volontà, ri-scritto sul Diritto romano dalla Pandettistica [vedi, *supra*, nt. 33], continua a dominare la romanistica odierna, vedi, ad es., Giovanna Coppola Bisazza, *Lo iussum domini e la rappresentanza negoziale nell'esperienza romana*, I, Milano 2003; Id., "Aspetti della sostituzione negoziale nella esperienza giuridica romana" in *Rivista di Diritto Romano*, III, 2003 = <http://ledonline.it/rivistadirittoromano/>).

In ogni caso, come osserva acutamente un tardo Scolista del CJC, entrambe le situazioni sono unificate dal segno della subordinazione:^{52 53} del figlio/ *servus* nei confronti del padre/ *dominus* e del mandatario nei confronti del mandante.

Possiamo, dunque, qui concludere che la questione della natura contrattuale o di comando del mandato di governo è puramente nominale?

Sì e no. 'Sì', nella relazione di pensiero tra Rousseau e Suárez - Althusius; 'no', nella relazione di pensiero tra Rousseau e Thomas Hobbes.

Come abbiamo anticipato, la intera dottrina hobbesiana è (frequente) bersaglio della polemica rousseauiana ma in particolare lo è la sua dottrina del contratto ('covenant') fondativo, mediante il quale gli uomini si costituiscono in unità (il Leviathan, astratta *persona artificialis*) dandosi un — ovvero "a un" — Capo (il quale è il rappresentante del Leviathan: "And he that carryeth this person is called sovereign, and said to have sovereign power; and every one besides, his subject.")⁵¹⁻⁵⁵ E' più che evidente il completo rovesciamento, compiuto da Hobbes, della concezione romana (seguita, invece, da Suárez, Althusius e Rousseau) del mandato come comando del mandante rivolto al mandatario. Secondo Max Weber (il quale sembra quasi riprendere la osservazione,

⁵² Sch. 7 a Bas. 23.3.24 (= D. 22.1.24, in part. § 2). Questo commento (secondo Siro Solazzi ["Errore e rappresentanza" in *RISG*, 1911, ora in Id., *Scritti di diritto romano*, I. Napoli 1955. 294, ripreso da R. Quadrato, "Rappresentanza. Diritto romano" in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII, 1987]) «racchiude in sintesi tutta la storia della rappresentanza nel diritto romano». L'anonimo autore afferma, infatti, che colui il quale opera in nome altrui mai si intende "totalmente libero" ("πάντη ἐλεῖθερος"). Questa affermazione antica ci ricorda che secondo il Diritto romano, nell'operare per un altro, essere liberi rispetto a questo (cioè in una altra potestà) è una *carenza* (della potestà di questo) e, quindi, un impedimento. Pertanto, il mandatario ha bisogno, per operare in nome del mandante, che questi gli "dia (parte del suo) potere", lo ponga cioè (almeno parzialmente) *in sua potestate*.

⁵³ In Gaio, la trattazione della attività giuridica del padre/ *dominus* attraverso i figli/ *servi* segue immediatamente la trattazione del mandato: Gai. 3. 163. *Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus acquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas, quae in nostra potestate, manu mancipiove sunt.* 164. *Per liberos quoque homines et alienos seruos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis: sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis uel ex re nostra adquirant.*

⁵¹ Thomas Hobbes. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651 ["Traduit de l'anglais par François Tricaud" consultabile su 'internet'] Chapter XVII "Of the causes, generation, and definition of a Commonwealth".

⁵⁵ Il principio teorizzato da Hobbes nel 1651 (darsi un capo come il requisito per vivere in collettività) è lo stesso posto dal 'Capitolare di Meerssen' (testo normativo promulgato nell'847 a Meerssen, nei Paesi Bassi, da Carlo il Calvo e con cui si ordinava agli uomini liberi di scegliersi, tra il re o tra i signori più potenti del territorio, un capo, stabilendo con esso un rapporto vincolante non risolubile se non per giusta causa) e comunemente considerato il punto di avvio della organizzazione feudale.

sopra ricordata, dello Scoliaista) è precisamente questa la differenza di fondo tra il mandato “moderno” e quello antico.⁵⁶

c. *Il federalismo falso, inventato dai “Federalists”, e il suo scontro con il federalismo vero, rilanciato dai Giacobini, e il perdurante equivoco sul “federalismo”*

(1) Nella Indipendenza nord-americana: la combinazione di centralismo e divisione (il mero “decentramento”) da *The Federalist* alla *Démocratie en Amérique*

Hobbes non è un federalista né vi chi lo consideri tale; eppure c’è il suo pensiero nel patrimonio genetico dell’unico federalismo oggi noto, del federalismo — cioè — che sboccia lungo la “linea del pensiero politico e giuridico tracciata da Montesquieu”.⁵⁷

La concezione di ‘federazione’, affermatasi nella Costituzione USA del 1787, nasce con questa stessa Costituzione. E’ una invenzione assoluta e — possiamo dirlo — geniale di tre uomini: Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, autori de *The Federalist* (1787-1788). Essa ha una fortuna rapida, che la porterà, in tempi brevi, a essere l’unica conosciuta (si pensi alla “convergenza”, già nel 1795, da parte di Immanuel Kant, con il saggio *Zum ewigen Frieden*).⁵⁸

⁵⁶ «Repräsentativ-Körperschaften sind nicht etwa notwendig “demokratisch” [...] Im geraden Gegenteil wird sich zeigen, daß der klassische Boden für den Bestand der parlamentarischen Herrschaft eine Aristokratie oder Plutokratie zu sein pflegte (so in England) [...] Der Repräsentant, in aller Regel gewählt [...], ist an keine Instruktion gebunden, sondern Eigentherr über sein Verhalten. Er ist pflichtmäßig nur an sachliche eigene Ueberzeugungen, nicht an die Wahrnehmung von Interessen seiner Deleganten gewiesen [...] der von den Wählern gekorene Herr derselben, nicht: ihr ‘Diener’ ist [...] Diesen Charakter haben insbesondere die modernen parlamentarischen Repräsentationen angenommen» (M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*⁵, hrsg v. J. Winckelmann -Tübingen 1976- lib.I cap.III §21; cfr. Ch. Müller, *Das imperative und freie Mandat. Überlegungen zur Lehre von der Repräsentation des Volkes*, Leiden 1966, Erstes Kapitel. „Verfassungsrechtliche Problemstellung“; A. „Auslegung des freien Mandats“; § 6. „Die Auffassungen Edmund Burkes über das freie Mandat“; B. „Auslegung des imperativen Mandats“; § 3. “Plebiszitäre Demokratie im Sinne Max Webers”; F. Bilancia, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova 2000).

⁵⁷ Sulla ascendenza hobbesiana del *Federalist*: P. King, *Federalism and federation*, London 1982, Part One § 3 “Centralist Federalism” 24 «Il *Federalist* [...] appare una nota a piè di pagina alla teoria della sovranità di Hobbes», citato in L.M. Bassani, “Gli avversari della Costituzione americana: “antifederalisti” o federalisti autentici?”, introduzione a Id. e A. Giordano, a cura di, *Gli Antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*, Torino 2011, 42 (cui rinvio per approfondimenti, anche bibliografici).

⁵⁸ La tesi che «il popolo americano, basandosi sul retaggio inglese e sulla propria esperienza abbia inventato il costituzionalismo moderno per poi trasmetterlo al mondo» (sostan-

La sua ‘fortuna’ è prodotta certamente dalla sua funzionalità alle esigenze della borghesia trionfante; tuttavia, tale ‘fortuna’ è alimentata anche (secondo la “legge di Gresham”) dal perdurante equivoco semantico e concettuale posto alla sua radice.

La parola stessa ‘federalismo’ sembra, infatti, essere un neologismo coniato proprio a séguito della Convenzione di Filadelfia con il suo esito ma il movimento politico-giuridico, così battezzato, si era formato proprio contro la tradizione federativa.⁵⁹ Questa contraddizione interna può apparire (e realmente, come subito vedremo, è subito apparsa) strana. Però, quale è il modo migliore per liberarsi del pensiero e della prassi federativi (i quali erano e sono intrinsecamente democratici e a base municipale) se non quello di contrapporvi un altro modo di federarsi: un ‘federalismo’ intrinsecamente liberale e a base statalista? La prima manifestazione/risultato dell’equivoco (e a questo propizia) è che i sostenitori della federazione democratica a base locale (gli *Articles of Confederation and Perpetual Union*, del 1777)⁶⁰ in quanto la difendono dall’attacco dei ‘Federalists’ diventano: “*the antifederalists*”. Anche per ciò trovo sbagliato sul piano della comunicazione (sebbene corretto sul piano della filologia) lasciare la parola/categoria ‘federalismo’ ai ‘Federalists’; almeno fintanto che l’equivoco non sarà stato chiarito.

La dottrina specialistica (seppure soltanto molto recentemente e ancora con qualche ingenuità di contestualizzazione giuridica) ha finalmente ‘scoperto’ il sostanziale “centralismo” del “federalismo” USA, ovvero sia la sua ‘falsità’. Tale ‘scoperta’ è stata sintetizzata assai efficacemente

zialmente esatta, anche se fa pensare al «*timeo Danaos etiam dona ferentes*» del povero Laocoonte [Vergil., *Aen.* 2.1.49] è formulata da D.S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge - Louisiana 1988, 1 (cit. da L. M. Bassani, *op.cit.* 14 s.)

Nega la convergenza di concezione tra Kant e Hamilton (considerato il massimo ispiratore de *The Federalist*) C. Malandrino, “L’«invenzione» della complementarità del pensiero federalista di Kant e Hamilton in Italia” consultabile in www.montesquieu.it/biblioteca/Testi/Kant_ham.pdf (senza data ma non prima del 2005).

⁵⁹ Della molta bibliografia, ricordo C. Malandrino, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, Roma 1998 e, più recentemente, Tania Groppi, *Il federalismo*, Bari 2004.

⁶⁰ Bassani, ricorda che gli “Antifederalisti” (nei cui confronti vi è stato l’oblio bisecolare anche negli USA) sono in realtà, i sostenitori della Costituzione più correttamente federativa cioè della «prima costituzione nazionale americana»: gli *Articles of Confederation and Perpetual Union*, licenziata dal Congresso sub-continentale il 15 novembre 1777 ed entrata in vigore, dopo la ratifica da parte dagli Stati membri, il primo marzo 1781 (L. M. Bassani, *op.cit.* 16).

Occorre, peraltro, non cadere nell’errore di considerare la differenza tra questa ‘Costituzione’ e quella della dell’87 con il criterio (appunto erroneo) del *quantum* di unità, cui si ricorre correttamente per distinguere la ‘federazione’ dalla ‘confederazione’, le quali sarebbero, rispettivamente, più e meno ‘unitaria’ (ciò che è smentito, ad esempio, dalla “Confederazione svizzera” [cfr., *infra*, nt. 68]).

nell'apparente paradosso posto a titolo di una raccolta di scritti, uscita in Italia nel 2011: *Gli Antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*. Questo (apparente) paradosso ripete puntualmente la osservazione, fatta già nel 1794 dall'ambasciatore francese negli USA, Jean Antoine Joseph Fauchet, secondo il quale «mentre i Federalisti “tentano con ogni mezzo di distruggere il federalismo”, gli Antifederalisti “hanno sempre desiderato preservarlo”». ⁶¹ Fauchet — si noti — è un ‘giacobino’. Egli è stato nominato Ambasciatore da Robespierre e c'è ragione di credere che la sua capacità di osservazione e di distinzione gli venga dal dibattito non pro e contro il federarsi tout court ma pro e contro il federarsi di stampo USA, adottato dai Girondini e avversato dai Giacobini. ⁶²

Due secoli dopo, gli studiosi odierni riconoscono, inoltre, essere risultato del “progetto federalista” che le persone [dei Cittadini] sono state «Private dell'elemento autenticamente partecipativo, la *politica locale* [il corsivo è mio]», con la trasformazione degli Stati federati in «unità amministrative del governo centrale». ⁶³ Trovo veramente encomiabile che (finalmente!) si riconosca essere la alternativa al “centralismo” la partecipazione politica, non il “decentramento amministrativo”, il quale, anzi, gli è (ovviamente!)

⁶¹ L. M. Bassani, op.cit. 45 (citando J.T. Main, *The Antifederalist: Critics of the Constitution, 1781-1788*, Chapel Hill 1961, p. XII).

⁶² Vedi, *infra*, il paragrafo seguente (§ III.2.a.(2)).

Fauchet è un personaggio interessante. Nato nel 1783 a Saint-Quentin, è studente di diritto a Parigi quando scoppia la Rivoluzione, di cui abbraccia immediatamente l'idea, per svolgere quindi al suo interno una rilevante e coerente azione politica. Nel 1792, alto funzionario del Ministero della Guerra della neonata Repubblica, viene nominato, nel 1793, da Robespierre, Ambasciatore presso gli Stati Uniti, dove resta — come tale — dal 1794 al 1796. Rientrato in Francia, nel 1797, vi pubblica il saggio *Coup d'oeil rapide sur l'état actuel de nos rapports politiques avec les Etats Unis d'Amerique septentrionale*. Dopo avere declinato l'offerta da parte del Direttorio, di un incarico diplomatico a Santo Domingo, sostiene il colpo di Stato di Napoleone, dal quale è nominato nel 1800 Prefetto del Var (Tolone, dove organizza il rientro in patria della Armata d'Egitto), nel 1805 Prefetto della Gironda (Bordeaux) e nel 1809 Prefetto dell'Arno (Firenze). Destituito, nel 1814, dagli incarichi pubblici ad opera del Governo della Restaurazione, li riottiene durante i 100 Giorni, per perderli definitivamente nel 1815 (vedi D.A. Spieth, *Napoleon's Sorcerers. The Sophisians*, Cranbury 2007, 148; *cf.* 69; 159 e 162; S.C. Tucker, ed., *The Encyclopedia of the Wars of the Early American Republic, 1783-1812: A Political, Social and Military History*, Santa Barbara - California 2014, 208).

⁶³ Scrive Bassani (op.cit. 45) citando Christopher Duncan: «“le persone, gradualmente, ma inesorabilmente, furono spinte nella privacy delle loro case perché erano state svuotate di un ruolo pubblico in una vita collettiva condivisa.” La creazione dell'individuo deraciné, privo di legami comunitari, soggetto solo alla legge, ossia la costruzione del materiale umano più adatto allo Stato moderno, va anche in America di pari passo con il tentativo di creare un unico centro di potere» (Ch.M. Duncan, *The Antifederalists and Early American Political Thought*, DeKalb 1995, 177 s.).

funzionale. Anche questo ‘riconoscimento’ non è nuovo. Esso corrisponde perfettamente a quella sorta di ‘interpretazione autentica’ della Costituzione USA, con il suo “federalismo”, che è stata fornita da Alexis de Tocqueville, nel proprio, famoso commento a quella medesima Costituzione (*De la démocratie en Amérique*, 1835-40 «espressione classica del liberalismo francese dell’Ottocento»).⁶⁴ Infatti, Tocqueville (pure annoverato tra i massimi elogiatori della istituzione comunale,⁶⁵ a riprova del fatto che anche nella Ame-

⁶⁴ Così G. Candeloro, “Prefazione” alla edizione italiana, *La democrazia in America*, Milano 1992.

⁶⁵ A proposito della quale egli scrive: «*C’est pourtant dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science; elles la mettent à la portée du peuple; elles lui en font goûter l’usage paisible et l’habituent à s’en servir. Sans institutions communales une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n’a pas l’esprit de la liberté. Des passions passagères, des intérêts d’un moment, le hasard des circonstances, peuvent lui donner les formes extérieures de l’indépendance; mais le despotisme refoulé dans l’intérieur du corps social reparaît tôt ou tard à la surface.*» (*De la démocratie en Amérique*, vol. I, 1835, Première partie, Chap. V, § xii “Des effets politiques de la décentralisation aux États-Unis”).

La formula di Tocqueville sintetizza i termini giuridici del tentativo — diffuso e insistente ma inesorabilmente destinato al fallimento — di appropriazione della costruzione (municipale-federativa) romana da parte dei suoi oppositori; tentativo che è anche l’involontario riconoscimento del valore universale di tale ‘costruzione’.

Non si tratta di un fenomeno isolato. Ne è stato osservato il nesso con il pensiero del proto-liberale Benjamin Constant e dal suo schema costituzionale (proposto nei Principi di politica, 1815) articolato in cinque poteri: “neutro”, “rappresentativo”, “ministeriale”, “giudiziario” e — appunto — “municipale” (vedi S. De Luca, “Benjamin Constant teorico della modernità politica” in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 26 aprile 2002, § 4 “La dottrina costituzionale”) ma (acutamente) anche con il pensiero di Friedrich Carl von Savigny. Jean-Luc Coronel de Boissezon ha, infatti, rilevato il nesso tra la critica della codificazione e la valorizzazione dei «droits municipaux» già in Friedrich Carl von Savigny (*Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg [1814] 2a ed. 1828, § 5 “Bürgerliches Recht in Deutschland” 37 ss. in part. 43 “Stadtrecht”) e la influenza di Savigny su Tocqueville: certa, seppure attraverso il circolo liberale di François Guizot, Prosper de Barante e, soprattutto, Pierre-Paul Royer Collard (cfr. P.-R. Roland-Marcel, *Essai politique sur Alexis de Tocqueville le libéral, le démocrate, l’homme public*, thèse, Paris, 1910, 83). Vedi J.-L. Coronel de Boissezon, *Frédéric Le Play face au droit. Une critique de la codification et de la centralisation au XIXe siècle*, thèse, Droit, Université Paris XI, 2008, in part. 64 ss. a proposito dell’esemplare difesa delle autonomie municipali contro il “centralisme” nella importante opera dell’ingegnere, economista e sociologo francese Frédéric Le Play, in particolare nel ponderoso saggio *L’organisation du Travail*, Tours 1870. Sulle basi nel “soggettivismo pandettistico” e, quindi, nel pensiero, di Friedrich Carl von Savigny, della dottrina dello “Stato liberale” come una “persona giuridica sovrana” la cui volontà si esprime attraverso “organi” vedi G. Cianferotti, “Lo Stato nazionale e la nuova scienza del diritto pubblico” in *Enciclopedia Treccani*, 2012.

Nella stessa linea di Tocqueville si collocherà, quindi, un altro famoso liberale, John Stuart Mill, che «attento lettore e appassionato ammiratore del liberale francese, vede nei poteri locali “un sostegno sociale, un punto d’appoggio per le resistenze individuali contro le tendenze del potere governativo; un presidio, un punto di riannodamento per le opinioni e gli

rica anglosassone, la istituzione comunale appare l'unico vero istituto di democrazia) definisce la collocazione dei Comuni nella Costituzione USA come combinazione di “*très grande centralisation gouvernementale*” e di “*décentralisation administrative*”.⁶⁶⁻⁶⁷

E' la 'linea' politica-giuridica avviata dal Re Edoardo I, iniziatore del parlamentarismo inglese.⁶⁸

interessi”» (così C.A. Stazzi, “I repubblicani-federalisti lombardi (1890-1895) tra Cattaneo, Tocqueville e J.S. Mill” in *Storia e Futuro. Rivista di storia e storiografia*, n. 24, novembre 2010, che cita V.P. Gastaldi, “Le lotte autonomistiche del movimento radicale e repubblicano” in C.G. Lacaita, a cura di, *L'opera e l'eredità di Carlo Cattaneo*, vol. II. *L'eredità*, Bologna 1976, 136).

E' funzionale al 'comunalismo' liberale il formarsi, nella scienza giuridica ottocentesca, della tesi della origine non romana ma 'germanica' dei Comuni medievali (vedi F. Laurent, *Études sur l'histoire de l'Humanité: la féodalité et l'église*, Bruxelles 1861, L.I, ch. II, sect. I, § 1, n. 1 “Les communes sont elles romaines ou germaniques?”; Laurent cita, a sostegno della tesi germanistica, K. von Hegel, *Geschichte der Staedteverfassung von Italien seit der Zeit der roemischen Herrschaft bis zum Ausgang des zwoelften Jahrhunderts*, Leipzig 1847, e W. Arnold, *Verfassungsgeschichte der deutschen Freistädte im Anschluß an die Verfassungsgeschichte der Stadt Worms*, Hamburg 1854).

Il 'comunalismo' liberale e la connessa logica de-centralistica sono, per il municipio e la sua logica autonomistica-federativa, un avversario tanto peggiore perché subdolo: ciò che in grammatica si chiama “falso amico”, responsabile della de-qualificazione del municipio da ente politico in ente meramente amministrativo.

⁶⁶ *De la démocratie en Amérique*, loc.ult.cit.: «Aux États-Unis, pas de centralisation administrative, mais très grande centralisation gouvernementale.»

⁶⁷ Nella formula di Tocqueville, si evidenzia sia la specificità e la unicità/continuità del rapporto tra governo centrale e Comuni, che va dal parlamentarismo inglese di fine 1200 al “federalismo” USA di fine 1700, sia la profonda ‘alterità’ (non soltanto storica ma anche dogmatica) di questi ‘comunalismo’ e “federalismo” rispetto alla “antica” tradizione municipale romana mediterranea e, quindi, europea continentale di potere unico-diffuso, organizzato mediante (con-)federazioni cittadine. Tocqueville, pertanto, piuttosto che riconoscere la origine romana con la connessa specificità della — elogiata — istituzione comunale, preferisce farla nascere sotto un cavolo indifferentemente allignante a qualsiasi latitudine e con qualsiasi clima: «*La société communale existe donc chez tous les peuples, quels que soient leurs usages et leurs lois; c'est l'homme qui fait les royaumes et crée les républiques; la commune paraît sortir directement des mains de Dieu.*» Sempre *De la démocratie en Amérique*, loc.ult.cit.

⁶⁸ Alla data della Convenzione di Filadelfia, due tradizioni politiche-giuridiche si fronteggiano da cinque secoli quasi esatti, iniziando dal ‘Bill’ di Edoardo I d’Inghilterra che dà vita al ‘Model Parliament’ (1294-95) e dal — quasi contemporaneo — “Patto” (1291) tra le Comunità di Uri, Svitto e Untervaldo, che dà vita alla Confederazione Svizzera. Quei due avvenimenti storici-giuridici sono, infatti, le massime espressioni delle antitetiche risposte istituzionali alla crisi del feudalesimo, le quali animeranno e animano, dialetticamente, ancora ai giorni nostri la storia istituzionale della intera Europa e dei Paesi e Continenti da questa influenzati: l’una (la inglese) nel senso della continuità, mediante l’inserimento delle comunità locali nella istituzione feudale di vertice, il *Consilium Regis* (così trasformato in Parlamento, con l’aggiunta della [terza] Camera, quella dei Comuni); l’altra (la elvetica) nel senso della

La istituzione parlamentare (specialmente nella versione inglese, caratterizzata dalla introduzione della ‘rappresentanza della volontà’ collettiva che trasforma i “Comuni” da fonti della volontà sovrana in meri collegi elettorali dei “parlamentari”)⁶⁹ è la prima razionalizzazione del vecchio centralismo feudale; il “federalismo” USA è la seconda. In entrambe le ‘razionalizzazioni’, le Città sono non più ‘messe da parte’ (come nella fioritura del feudalesimo) ma ‘usate’, anzi ampiamente ‘usate’: a partire dalla loro de-gradazione politica e istituzionale.

Ora (e torniamo, così, al punto di partenza del nostro discorso) di tale ‘linea’, il teorico giuridico massimo e tuttora insuperato è precisamente

rottura, mediante la (con-)federazione delle comunità locali (di cui è così perfezionata/realizzata la autonomia).

Come noto, la formazione dei Parlamenti medievali (a partire da quello del regno di Castiglia, riunito a León nel 1188) è ottenuta mediante l’inserimento dei mandatarî dei “Comuni” nei ‘vecchi’ Consilia Regis feudali. La novità del primo Parlamento legale inglese, riunito nel 1295, è però, precisamente il ‘divieto di mandato imperativo’ ovvero la ‘introduzione della rappresentanza della volontà’ dei Comuni, così estromessi dal processo decisionale, che si concentra nel *Consilium*/Parlamento (J.F. Costanzo, S.J., “Juridic Origins of Representation II” in *Fordham Law Review*, Volume 23, Issue 3, 1954, 296 ss.) Di tale ‘novità’ è stata quindi colta la presenza anche in Francia già nel secolo immediatamente successivo (Y. Krynen, *L’État de justice. France, XVIIIe-XXe siècle. I. L’idéologie de la magistrature ancienne*, Paris 2009, ch. 3 “De la représentation à la déposition du roi”, 62 ss.)

La formazione della Confederazione svizzera è invece ottenuta mediante il patto associativo di comunità locali, le quali si propongono di organizzarsi al di fuori dei rapporti feudali, sul modello delle “città libere imperiali” (M. Ducrest, a cura di, *Storia della Svizzera*, tr. it. di C. Biasca e G. Tignola, Locarno 1989; cfr. G. Chiesi, a cura di, *Il medioevo nelle carte. Documenti di storia ticinese e Svizzera dalle origini al secolo XVI*, edito dallo Stato del Cantone Ticino 1991; L. Kern, “Notes pour servir à un débat sur le pacte de 1291” in *Rivista storica Svizzera*, 9, 1929, 340 ss.; V. Gueli, a cura di, *La costituzione federale Svizzera* [= Collana di testi e documenti costituzionali promossa dal Ministero della Costituente] Firenze 1947; E.R. Papa, *Storia della Svizzera. Dall’antichità ad oggi. Il mito del federalismo*, Milano 1993; cfr. P. Blickle, *Kommunalismus*, 2 voll., 2000, spec. 2, 85-99, 150-175, 185-194, 202-208, 342-348). La confederazione svizzera non utilizza l’istituto della rappresentanza della volontà ed i deputati dei cantoni vanno alle diete confederali con mandato imperativo, che funziona per mezzo di un istituto che verrà poi ripreso a correttivo dell’istituto rappresentativo: il *referendum*. I delegati potevano prendere decisioni valide su argomenti per i quali avevano istruzioni precise. Se i delegati avevano soltanto un mandato generale, ne discutevano e votavano, ma *ad ratificandum* (ossia con riserva di ratifica dai loro governi). Oppure i delegati portavano con sé la deliberazione cantonale (o un riassunto detto *Abschied*) consegnando il tutto a chi di dovere *ad referendum* (V. Gueli, *op. cit.*, 12 n. 1; E.R. Papa, *op. cit.*, 44).

⁶⁹ Un discorso a sé meriterebbe la attività elettorale e la connessa “legittimazione”. Basti ora pensare che, nei “sistemi rappresentativi avanzati” (con elezioni, ovviamente, a “suffragio universale”) la maggioranza dei parlamenti è eletta, di regola, da un minoranza dei cittadini di circa il 20 %. Si veda, ad es., Laura Garavini, “Legittimazione politica e sistema elettorale, l’esperienza tedesca” in *Articolo 21.info*, senza data (ma entro 2011).

Thomas Hobbes (con la dottrina della concentrazione dell'esercizio del potere nella persona fisica, rappresentante della volontà del Leviathan, as-tratta *persona artificialis*, titolare del potere).

Tale 'linea' è stata, in Europa, durante l'evo moderno, la alternativa alla linea democratica/repubblicana/comunale di origine antica, specialmente romana, la quale è, invece, essenzialmente federativa, e il cui teorico giuridico massimo è Johannes Althusius.

(2) Nella Rivoluzione Francese: contro il federalismo falso, ripro-posto dai Girondini (centralista e divisionista) il federalismo vero, rilanciato dai Giacobini (municipale e partecipativo)

La tesi 'municipale federative' di Rousseau appare ripresa e tradotta costituzionalmente durante la "Grande Révolution", in particolare dai Gia-cobini, con coerenza persino straordinaria: espressione — dunque — non di una ipotetica sudditanza intellettuale rispetto al 'philosophe' ginevrino sebbene della forza intrinseca della condivisa logica 'democratica-repubbli-cana'.⁷⁰ Il *Projet de constitution* (nel quale tale tesi è, forse, meglio esplicitata) è lasciato da Rousseau incompiuto e sarà, infatti, pubblicato e, quindi, cono-sciuto soltanto circa un secolo dopo, nel 1861.

In Francia, sono municipalisti già i tentativi di riforma pre-rivoluziona-ria.⁷¹ Il loro fallimento, voluto e ottenuto dalla aristocrazia arroccata nelle

⁷⁰ La transizione dalla 'scoperta' greca della "democrazia" alla 'invenzione' romana della "repubblica" ha un passaggio decisivo nella 'invenzione' romana del "municipio" cioè la comunità (locale) necessariamente parte di una comunità (sempre locale) più ampia (vedi G. Lobrano, "Città, municipi, cabildos" in *Roma e America. Diritto romano comune*, n. 18, anno 2004 [= S. Schipani, a cura di, *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano* <Atti Congresso internazionale, Roma 26–29 novembre 2003> Roma 2005]; cfr. A. Bernardi, "Dallo stato-città allo stato municipale nella Roma antica" in *Paideia*, I, fasc. 4, 1946; E. Gabba, "Dalla città-stato allo stato municipale" in A. Momigliano *et alii*, ed., *Storia di Roma. L'impero mediterraneo*, II 1, Torino 1990).

⁷¹ Nel 1764 sono pubblicate le *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France* (1737) del Marchese d'Argenson (+ 1757) che propongono — in polemica con le tesi del Marquis de Boulainvilliers — la rivitalizzazione e la diffusione in tutta la Francia del regime municipale romano e delle connesse libertà comunali come luogo di espressione del popolo. Nel 1776, il ministro Jacques Turgot si propone di realizzare il progetto di «municipalità autonome che» scrive Matteucci «sembravano quasi ricordare le antiche libertà delle città romane difese dal Dubos e teorizzate dal d'Argenson; progetto che venne poi realizzato dal Necker nel 1778 nelle *généralités* di Bourges e di Montauban, e in seguito riproposto dal Calonne nel 1787 all'Assemblea dei notabili e parzialmente attuato da Loménie de Brienne nel 1788». Progetto, infine, difeso anche dal Marchese di Condorcet «il quale nell'*Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales* (1788) preferiva la

vecchie istituzioni parlamentari, porta alla convocazione, il 1° maggio 1789, degli Stati Generali, subito trasformati, però, il 27 giugno, in Assemblea nazionale,⁷² la quale, dal 9 luglio, diviene ‘costituente’.

La relazione essenziale tra municipi e federazione (così come la loro ispirazione democratica) si manifesta in maniera chiara e determinante (forse, addirittura troppo per potere essere agevolmente percepita) nell’*incipit* stesso della ‘Grande Révolution’. Nel novembre 1789, 14 Città della Franche-Comté si stringono in lega con patto giurato, esteso rapidamente a tutta la Francia con le parole d’ordine “Unité et fraternité”.

Notevolissimo il commento, nel 1853, di Jules Michelet (nel quale si rileva, a proposito del “federalismo”, il medesimo equivoco rilevato mezzo secolo prima nel commento dell’ambasciatore Fauchet a proposito del dibattito federalista nord-americano): «*Nulle trace dans tout cela de l’esprit d’exclusion, d’isolement local, qu’on désigna plus tard sous le nom de fédéralisme. Ici, tout au contraire, c’est une conjuration pour l’unité*». ⁷³ Il “federalismo” che soltanto *plus tard* designerà “*exclusion et isolement local*” è quello che giunto — nel frattempo — dagli USA attraverso i Girondini⁷⁴ contro la- e in sostituzione della tradizione secolare tradizione federativa europea.

Il 14 dicembre 1789, la ‘Assemblée nationale’ emana la “loi municipale”, la quale «*fragmente l’administration au plan le plus local entre quelque quarante-quatre mille communes*» ma «*en échange, elle peut substituer à l’extrême variété des conditions municipales, encore bien réelle au printemps 1789, une parfaite uniformité des statuts*», caratterizzati certamente dall’auto-governo⁷⁵ ma anche dalla

loro organizzazione razionale alle forme “gotiche” degli antichi stati generali». N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino 1976, 183 s. Sui tentativi di riforma di Jacques Turgot, Jacques Necker, Charles Alexandre de Calonne e Loménie de Brienne, v. J.-L. Harouel, J. Barbey, É. Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *Histoire des institutions de l’époque franque à la Révolution*, Paris 1987, 536 ss.

⁷² L’8 agosto 1788, Loménie de Brienne (già capo della opposizione parlamentare e chiamato quindi da Luigi XVI, nel 1787, a dirigere il proprio governo), sotto la pressione della rivolta parlamentare (apertamente scoppiata con sommosse a Pau, Rennes, Grenoble), convoca gli Stati generali per il 1° maggio 1789. Dal 5 maggio, giorno di apertura della sessione, si apre anche la controversia sulla verifica dei poteri; verifica che il Terzo stato, capeggiato da Emmanuel-Joséph Sieyès, richiede in comune contro la divisione tradizionale nei tre ordini. Il 27 giugno, il re ingiunge alla nobiltà e al clero di riunirsi con il Terzo stato: è la trasformazione degli Stati generali nella Assemblea nazionale, la quale — alla sua volta — si trasforma, dal 9 luglio, in Assemblea costituente.

⁷³ J. Michelet, *Histoire de la Révolution française*, Livre III, Paris 1853, Ch. IV.

⁷⁴ Vedi, *supra*, il paragrafo precedente (§ III.2.c.(1) ntt. 61 e 62) e, *infra*, la nt. 82.

⁷⁵ “Décret de l’Assemblée nationale, concernant la constitution des municipalités”. Osserva F. Burdeau, “1789, L’administration territoriale et nous” in *Annuaire des collectivités locales*, n°1, Tome 9, 1989, 5 s.: «*La loi municipale du 14 décembre 1789 [...] Respectueuse de l’identité des*

esigenza di federarsi: «*La Fédération de 1790 est la conséquence de la formation en France des municipalités [...] les provinces elles-mêmes se fédèrent entre elles. Enfin toutes les fédérations locales décident de se fondre en une fédération nationale à Paris, le 14 juillet 1790*». ⁷⁶ Se non fosse ‘storia’, sembrerebbe una ‘costruzione teorica’ althusiana.

Secondo il convenzionale Mignard «*à l'établissement des municipalités [...] on doit] le patriotisme qui a constamment régné dans les campagnes; et le jour où l'Assemblée constituante les dissémina jusque dans les plus petits hameaux de la République, fut celui où elle assura à jamais la liberté à la France*». ⁷⁷

Il 14 luglio 1790 (il primo anniversario della presa della Bastiglia) tutti i rivoluzionari celebrano la ‘*Fête de la Fédération*’.

Il 27 marzo 1793, alla Convenzione nazionale, è, però, il rivoluzionario giacobino (di origini sarde) Jean-Paul Marat, che arriva ad affermare (con qualche forzatura terminologica-concettuale): «*Il est faux que la souveraineté du peuple soit indivisible. Chaque commune de la république est souveraine sur son territoire dans les temps de crise, et le peuple peut prendre les mesures qui lui conviennent pour son salut*». ⁷⁸

Il 24 aprile 1793, un altro rivoluzionario giacobino, Louis Antoine de Saint-Just presenta il proprio “*Essai de Constitution*” su base municipale-federativa, in cui (Chap. II, art. 6) è rotondamente espresso il principio che «*La souveraineté de la nation réside dans les communes*». ⁷⁹ Il 15 maggio 1793, an-

collectivités villageoises et urbaines, elle fragmente l'administration au plan le plus local entre quelque quarante-quatre mille communes; en échange, elle peut substituer à l'extrême variété des conditions municipales, encore bien réelle au printemps 1789, une parfaite uniformité des statuts [...] Bien que progressivement atténué — il y a environ 38 000 communes au début de la Restauration, 37 000 à la fin de la grande guerre — ce micro-découpage, consacré en 1789 et affecté dès lors d'un fort coefficient de légitimité aux yeux des démocrates [il corsivo è mio], est resté caractéristique de notre géographie administrative.»

⁷⁶ J. Tulard, “Fédération de 1790” in *Enciclopedia universalis en ligne*, su «*La Fédération de 1790 est la conséquence de la formation en France des municipalités et des gardes nationales au moment de la Grande Peur. Dans les villages et les villes se forment en juillet 1789 des gouvernements particuliers qui se substituent aux anciennes autorités. Dans le Dauphiné, plusieurs représentants de communes réunis à Étoile près de Valence, le 28 novembre 1789, «fraternisent» et jurent «de rester à jamais unis, de protéger la circulation des subsistances et de soutenir les lois émanées de l'Assemblée constituante». C'est le premier cas connu de fédération. D'autres suivent, à Pontivy notamment, en février 1790, puis à Lyon, Strasbourg et Lille. Ces exemples sont imités dans la plupart des provinces, et les provinces elles-mêmes se fédèrent entre elles. Enfin toutes les fédérations locales décident de se fondre en une fédération nationale à Paris, le 14 juillet 1790.*»

⁷⁷ A.P., tomo 65, 155, citato da M. Verpeaux, “Des corps administratifs et municipaux: l'apparente continuité” in J. Bart et alii, dir., *La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français?*, Dijon 1997. Cfr. ancora F. Burdeau, “1789. L'administration territoriale et nous”, cit.

⁷⁸ A.C. Thibaudeau, *Mémoires sur la Convention et le Directoire*, Tome I. Convention, Paris 1824, 23.

⁷⁹ Il testo è riprodotto in *Oeuvres* de Saint-Just, représentant du peuple a la Convention Nationale, Paris 1834, 85 e in A. Liénart, éd., *Théorie politique, Saint-Just*, Paris 1976, textes choisis. Cfr. P. Gueniffey, “Les assemblées et la représentation” in C. Lucas, a cura di, *The*

cora Saint-Just critica il progetto girondino di Costituzione, con la divisione della Francia in Dipartimenti, affermando: «*La division de l'Etat n'est point dans le territoire; cette division est dans la population*» e «*La souveraineté de la nation doit résider dans les communes*». Lo stesso Saint-Just così spiega:

Si la division est attaché au territoire, le peuple est divisé, la force du gouvernement se concentre, et le souverain épars se rapproche difficilement; si la division est attaché au peuple, ou par tribus, ou par communes, cette division n'ayant pour objet que l'exercice des suffrages ou de la volonté générale, le souverain se forme alors, il se comprime, et la République véritablement existe.⁸⁰

Questa formula critica/comparativa è uno degli ultimi tentativi di battere sul campo l'equivoco semantico/concettuale generato dai 'Federalists' (e tradottosi, in Francia, nella perdurante mitologia della contrapposizione tra “federalismo girondino e centralismo giacobino”)⁸¹ contrapponendo invece due modi politici e giuridici di concepire teoricamente e di tradurre in ordinamento istituzionale il ‘federarsi’.

Mentre il federalismo giacobino è realizzato mediante la ‘associazione di autonomie’, il federalismo girondino (realizzato esclusivamente con il ‘de-centramento’) è la copia, per influenza o per convergenza, di quello dei Federalists⁸² ed è altrettanto centralista e falso. Questa contrapposizione di ‘federalismi’ è momento rivelatore, la cui conoscenza e comprensione

French Revolution and the Creation of Modern Political Culture, Oxford 1988, 249; Christina Rausch, *Saint-Just und die Verfassung von 1793*, Berlin 2001 (ivi, in ‘Anhang’, anche il testo dell’ “Essai”).

⁸⁰ “Sur la division constitutionnelle du territoire” in M. Le Blond, a cura di, *Les plus beaux discours de Saint-Just*, Paris senza data [collana Les grandes orateurs républicains] 108 ss.; cfr. L.A.L. de Saint-Just, *Terrore e libertà. Discorsi e rapporti*, a cura di A. Soboul, Roma 1966, 88.

⁸¹ Di “federalismo girondino e centralismo giacobino”, scrive — tra i tanti — anche S.G. Galli, “Le idee politiche della Rivoluzione francese” in L.M. Bassani, S.B. Galli, F. Livorsi, *Da Platone a Rawls. Lineamenti di storia del pensiero politico*, Torino 2012, 231.

Cfr., però: H. Wallon, *La Révolution du 31 mai et le fédéralisme en 1793*, 2 volumes, 1886 e, un secolo dopo, Aa.Vv., *Existe-t-il un fédéralisme jacobin? Études sur la Révolution* [Actes du 111^e congrès national des sociétés savantes] Poitiers 1986.

⁸² Furono (in particolare) i girondini Jacques-Pierre Brissot (autore del saggio *De la France et des États-Unis, ou l'importance de la révolution d'Amérique pour le bonheur de la France* [1787]) e Charles Michel Trudaine de la Sablière a propagandare nella Francia rivoluzionaria il pamphlet *The Federalist*, proponendone la adozione come “manuale costituzionale” (pare che de la Sablière ne sia stato anche, nel 1792, il traduttore) guadagnandosi così entrambi la ghigliottina (nel 1793). In proposito: C. Malandrino, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, cit., 50 (che, però, li indica erroneamente come “giacobini”; cfr. L.M. Bassani, “Gli avversari della Costituzione americana: “antifederalisti” o federalisti autentici?” cit., 42); A. De Francesco, “Traduzioni e Rivoluzione. La storia meravigliosa della prima versione francese del Federalist” in *Rivista storica italiana*, 2011 n. 123 pp. 61-110; D. Mogoin, “Le Fédéraliste revisité” in *Jus Politicum*.

sono particolarmente utili per liberarci della odierna, insopportabile vulgata federalista, la quale, da una parte conosce un solo federalismo (quello falso, che coincide con il decentramento [in misure, ovviamente, variabili]) e, dall'altra parte, produce liste interminabili di federalismi.⁸³

Perfettamente nella linea del 'vero federarsi' è il ferro di lancia giuridico della *Grande Révolution*: la Costituzione 'giacobina', approvata il 24 giugno 1793. Robespierre, nel discorso noto come *Sur la Constitution à donner à la France* (10 maggio 1793), aveva raccomandato "*Respectez surtout la liberté du souverain dans les assemblées primaires*", cioè le assemblee dei cittadini. Marie-Jean Héault de Séchelles, nella presentazione di tale Costituzione alla Convenzione (il 10 giugno 1793), aveva sottolineato il ruolo costituzionale delle municipalità, specialmente delle piccole municipalità, condannando, come reazionaria, l'idea della riduzione del loro numero: «*l'idée de retrancher des municipalités n'a pu naître que dans la tête des aristocrates, d'où elle est tombée dans*

Revue de droit politique, n. 8 *La théorie de l'État entre passé et avenir*, settembre 2012; cfr. Suzanne Huart, *Brissot, la Gironde au pouvoir*, Paris 1986.

Un accenno a parte merita G. Magrin, *La repubblica dei moderni. Diritti e democrazia nel liberalismo rivoluzionario*, Milano 2007, il quale dedica un capitolo (il "2") alla influenza USA nel pensiero politico-giuridico francese coevo: "Il costituzionalismo americano e la nascita della repubblica in Francia", pp. 45-61. In particolare nell'ultimo prgf. (il "5. I debiti americani del modello girondino di democrazia" pp. 58-61). Scrive Gabriele Magrin a proposito di Brissot e Condorcet ("osservatori attenti dei meccanismi costituzionali che fanno della convention americana il canale privilegiato per l'espressione e la trasmissione del consenso democratico"): «l'osservazione della esperienza costituzionale americana è l'occasione di una progressiva messa a punto di un modello rappresentativo, alternativo a quello sieyesiano, che assegna alla partecipazione democratica nelle assemblee locali una funzione diversa e complementare rispetto a quella svolta dal corpo legislativo, una funzione che con necessario anacronismo possiamo definire al tempo stesso liberale e democratica, nella misura in cui è volta simultaneamente alla limitazione del potere detenuto dai rappresentanti e di contrappeso rispetto al potere legislativo.» La impostazione di Magrin è corretta nella contrapposizione tra 'liberale' e 'democratico' e nella individuazione nei girondini dei portatori in seno alla Rivoluzione francese del pensiero politico USA. La correttezza è, però, offuscata dalla contestuale idea — semplicemente illogica — della possibilità giurica (opportunità politica a parte) di combinare due costruzioni tra loro assolutamente alternative: quella liberale-rappresentativa, la quale postula la concezione astratta della collettività, e quella democratica-partecipativa, la quale postula la concezione concreta della collettività. E' lo stesso errore di logica compiuto da alcuni Girondini (peraltro in conclusione liberali-rappresentativi) ma non dai Giacobini, formati — attraverso Rousseau — alla logica giuridica romana.

⁸³ Esempiare il noto saggio D. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa - Alabama 1987, vedi in particolare i capp. "4. Federal Ideas and Forms" e "6. Centralizing and Decentralizing Trends in Contemporary Federal Systems" (*Idee e forme del federalismo*, tr. it. di L.M. Basani, Milano 1995); cfr. A. Pace, a cura di, *Quale, dei tanti federalismi?*, Padova 1997.

la tête des modérés).⁸⁴ La Costituzione stessa, infine, non si limita a “dichiarare” che «*La souveraineté réside dans le peuple*» (*Déclaration des droits*, art. 25); essa, all’articolo 10, stabilisce in maniera netta e inequivocabile «*Il délibère sur les lois*» (cfr. art. 19) e il ‘*corps législatif*’ (composto dei ‘*députés-représentants*’ riuniti nella ‘*assemblée nationale*’) non può decidere senza il concorso della volontà dei Cittadini, cioè dei e nei Comuni. Il Corpo legislativo, eletto, può soltanto «*proposer [il corsivo è mio] des lois*» (art. 53), quindi il *projet* viene «*envoyé à toutes les communes de la République*» (art. 58) e se, in tale contesto, secondo le modalità prescritte dall’art. 59, «*il y a réclamation, le corps législatif convoque les assemblées primaires*» (art. 60) per *deliberare* sulla legge proposta. Infine, la stessa Costituzione viene approvata da tutte le 44.000 assemblee primarie dei Municipi francesi, con la sola eccezione di un Comune di 120 abitanti.⁸⁵

In un saggio del 1931, Raymond Carré de Malberg coglierà il profondo senso democratico dell’ordinamento municipale federativo della Costituzione ‘giacobina’, scrivendo:

*l’idée de souveraineté de la volonté générale a été exploitée en vue de fonder la puissance souveraine du Parlement lui-même. Une telle contradiction paraîtra difficilement acceptable à tout homme qui n’est pas résigné à se payer de mots. Comment admettre que, dans notre droit public, les décisions émanées du Parlement aient pu être présentées comme des productions de la volonté populaire, alors que la Constitution tient systématiquement les citoyens à l’écart de leur formation? Il n’y a eu, en France, qu’une seule Constitution qui ait échappé à cette contradiction. C’est celle de 1793, qui, ne se contentant pas de poser en principe, dans l’article 4 de sa Déclaration des Droits, que “la loi est l’expression libre et solennelle de la volonté générale”, avait organisé un régime législatif dans lequel la confection de la loi dépendait, en dernier lieu, de son adoption par les assemblées primaires comprenant la totalité des citoyens. Sur ce point, les conventionnels de 1793 ont eu, tout au moins, le mérite de mettre leur œuvre constitutionnelle en accord logique avec leurs principes. On ne saurait en dire autant des constituants de 1789-91.*⁸⁶

⁸⁴ “Rapport de Hérault-Séchelles, au nom du comité de salut public, sur le second projet de constitution (Séance du 10 juin 1793)” in A. Amic et É. Montet, *Orateurs politiques. Tribune française. Choix des discours et des rapports prononcés dans nos assemblées parlementaires*, Tome second, Paris 1841, 351 ss., in part. 364.

⁸⁵ Così P. Guichonnet, *Les monts en feu: la guerre en Faucigny, 1793*, Annecy 1995, 286, il quale cita il diplomatico francese a Ginevra, l’abate giacobino Jean-Luis-Giraud Soulavie (il quale, nel 1793, dona una copia della coeva Costituzione francese al ‘Grand Bailli du Valais’, Jakob-Valentin Sigristen): «*A l’exception d’une seule commune de 120 électeurs, cette constitution [...] a été adoptée par l’unanimité “des 44 mille assemblées primaires” de toute la République*». Peraltro, Albert Mathiez (*La Révolution Française*, Lyon, 1989 [1^a ed. Paris 1922] p. 393) scrive: «*Soumise à une ratification populaire, elle fut approuvée par 1.801.918 oui contre 17.610 non.*»

⁸⁶ R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, ried. in fac-simile della ed. 1931, con “Préface” di G. Bourdeau, Paris 1984, 215; cfr. Ch. Debbasch, J.-M. Pontier, *Les*

IV. MUNICIPI E FEDERAZIONE:
IL FEDERALISMO VERO NEL PENSIERO
POLITICO-GIURIDICO
LATINO-AMERICANO DELLA INDIPENDENZA

1. *Francisco de Miranda: il ruolo costituzionale degli “Ayuntamientos” e “Cabildos”*

Benché, forse, non giunto a perfette trattazione teorica e traduzione istituzionale, il ruolo dei Municipi in un ordinamento federativo da essi precedente è fondamentale anche nel pensiero politico-giuridico della Indipendenza del Nuovo Mondo, come dimostrano esemplarmente le proposizioni dei primi Padri della Indipendenza latino-americana: il venezuelano Francisco de Miranda e il paraguayano José Gaspar Rodríguez de Francia, entrambi certamente lettori e — aggiungo — almeno oggettivamente discepoli di Rousseau.

Nel 1801 e nel 1808, Miranda produce due progetti di costituzione costruiti sul nucleo organizzativo offerto dalle Città (“*Ayuntamientos*”, “*Cabildos*”).

Un precedente progetto, il primo in ordine di tempo (1798), era ancora ispirato al parlamentarismo. Nelle riflessioni e proposta costituzionali di Miranda appare la conoscenza e la considerazione dei due modelli costituzionali: inglese e romano. Tuttavia, se nel primo progetto di costituzione ne è tentata una combinazione ‘sincretica’ (*cf.*, *supra*, il § II.2.c), il modello inglese è poi abbandonato nei due progetti successivi e ciò che scaccia e sostituisce il modello inglese è proprio l’elemento municipale.⁸⁷

2. *José Gaspar Rodríguez de Francia: il “plan de confederación”*

*Constitutions de la France*², Paris 1989, 5 ss. e 41 ss. e G. Lobrano, “Dottrine della ‘inesistenza’ della costituzione e “modello” del diritto pubblico romano” *loc. cit.* (§ 2.b).

⁸⁷ Un precedente progetto, il primo in ordine di tempo (1798), era ancora ispirato al parlamentarismo. Nelle riflessioni e proposta costituzionali di Miranda appare la conoscenza e la considerazione dei due modelli costituzionali: inglese e romano. Tuttavia, se nel primo progetto di costituzione ne è tentata una combinazione ‘sincretica’, il modello inglese è poi abbandonato nei due progetti successivi e ciò che scaccia e sostituisce il modello inglese è proprio l’elemento municipale. Vedi L. Parenti - Paola Mariani Biagini, a cura di, *I progetti costituzionali di Francisco de Miranda (1798-1808) Testi e index verborum*, Rome 1998; *cf.* M. Batllori S.J. e P. Catalano, “Acerca de los proyectos constitucionales del general Miranda: conceptos jurídicos romanos y realidad americana”, comunicazione presentata al *III Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Bogotá 1981.

Nel 1810, il ‘Padre della Repubblica del Paraguay’, Francia,⁸⁸ sindaco della Città di Asunción, sostiene la tesi della caducità del potere monarchico spagnolo e il ritorno al popolo — che si esprime nel ‘*Cabildo*’ — della sua sovranità originale e sempre immanente; nel 1811, divenuto membro del Governo della nuova Repubblica indipendente del Paraguay, con una famosa “nota” (da leggere assieme al “Reglamento de gobierno” del 1813), il ‘Doctor Francia’ propone un complesso sistema “confederale” totalmente differente (per i suoi antecedenti nella seconda Scolastica) del federalismo nord-americano il cui primo livello è costituito da “repubbliche - popoli - città” e il secondo livello da “nazioni - province” e anche del quale si è osservato essere fondato nella Seconda Scolastica e Suárez.

La dottrina e la azione ‘costituzionali’ del Doctor Francia risultano così (come le proposte dei *diputados americanos* a Cadice) una combinazione (certamente di non facile interpretazione ma altrettanto certamente non bizzarra né disomogenea) i cui contenuti sono: sovranità del popolo nonché (in un sistema a cerchi concentrici) dei popoli o “province”; fondata sul patto sociale e realizzata mediante la federazione; in base al *pensamiento escolástico*, al *derecho de Indias* e al *dogma roussoniano*.⁸⁹

3. *Simón Bolívar*: “del bienestar de las ciudades y de las aldeas se forma la felicidad del Estado”

⁸⁸ Sul modello costituzionale romano-rousseauiano adottato da Francia, vedi P. Catalano, *Modelo institucional romano e Independencia: República del Paraguay. 1813-1870*, Asunción 1986; cfr. il n. 1 dell’*Anuario* dell’‘Instituto de Investigaciones Históricas’ del Paraguay, Asunción 1979, dedicato a Dr. José Gaspar *Rodríguez de Francia*; il n. V/I dei Rendiconti delle Ricerche giuridiche e politiche del Progetto Italia-America Latina del CNR su *Pensiero e azione del Dr. Francia. Aspetti di diritto pubblico*, I, Sassari 1991 (ivi: la “Nota introduttiva” di P. Catalano e G. Recchia e l’articolo di M.S. Al’perovič, “Influencia de los institutos de Roma antigua sobre la estructura del Estado del Paraguay”). Per l’esame degli scritti di Francia, vedi, invece, la raccolta a cura di A. Viola, *Cartas y decretos del dictador Francia*, edita dalla Universidad Católica di Asunción e giunta (per quanto mi consta) al tomo IV, Asunción 1991.

⁸⁹ Su cui vedi V. Frankl, “El jusnaturalismo tomista de fray Francisco de Vitoria como fuente del plan de confederación hispanoamericana del dr. José Gaspar de Francia” in *Revista de historia de América* (dell’Instituto Panamericano de geografía e historia, México) n. 37-38 Ene. Dic. 1954, 162 ss. Come abbiamo detto (§ 1.a.β.β’) la tesi della influenza tomistica-scolastica, attraverso Francisco de Vitoria e (e sopra tutti) Francisco Suárez, sul pensiero politico-giuridico della Indipendenza era stata già formulata da G. Furlong S.J., *Nacimiento y desarrollo de la filosofía en el Río de la Plata 1536-1810*, cit. Anche Frankl, come Furlong, contrappone la dottrina della Seconda Scolastica a quella di Rousseau («fue el filósofo español y no el filósofo francés quien dio a los hombres de 1810 la llave de oro que habría de abrirles las puertas de la libertad», Furlong, *op.cit.* 607).

La stessa logica ritroviamo nella superiore sintesi del pensiero costituzionale della Indipendenza latino-americana: il pensiero del Libertador, pure egli lettore e discepolo di Rousseau. E' noto che, nel proprio testamento (Santa Marta, 10/12/1830), Bolívar lascia alla Università del Venezuela la sua copia del *Contrat social*, appartenuta (si noti) a Napoleone.⁹⁰

C'è chi considera il fare della America ispanica una “*república de repúblicas*” uno dei “*verdaderos proyectos*” del *Libertador* Simón Bolívar.⁹¹ Bolívar, già il 6 settembre 1815, con la *Carta de Jamaica*, lancia il progetto di una confederazione delle «*repúblicas, reinos e imperios*» di «*una sola nación*» americana; in una lettera del 12 giugno 1818 auspica che «*nuestra divisa sea Unidad en la América Meridional*»; il 7 dicembre 1824, nella lettera di convocazione al Congresso di Panama, sviluppando le idee preconizzate fino ad allora e, riprendendo singoli accordi già sottoscritti (in particolare nel 1822), propone da Lima (nel Perù) a «*los Gobiernos de Colombia, México, Río de la Plata, Chile y Guatemala*» il trattato «*de unión, liga y confederación perpetua*», che sarà approvato — sia pure soltanto come auspicio — dal Congresso, riunitosi a Pánama tra il 22 giugno e il 15 luglio 1826.

Nello stesso anno (25 maggio 1826) Bolívar, nel *Discurso al Congreso constituyente de Bolivia*, cioè proprio dove egli più chiaramente adotta il modello giuridico romano antico, raccomanda: «*Tened presente, Legisladores, que las Naciones se componen de las ciudades y de las aldeas; y que del bienestar de éstas se forma la felicidad del Estado*».⁹² E' una affermazione che richiama da presso quella

⁹⁰ Il paragrafo 7 del testamento di Bolívar recita: «*Es mi voluntad: que las dos obras que me regaló mi amigo el Sr. Gral. Wilson, y que pertenecieron antes a la biblioteca de Napoleón tituladas “El Contrato Social” de Ruseau y “El Arte Militar” de Montecuculi, se entreguen a la Universidad de Caracas.*» Gli altri due ‘beni’, di cui Bolívar dispone nel proprio testamento, sono «*la medalla que me presentó el Congreso de Bolivia a nombre de aquel pueblo*» (paragrafo 6) e «*la espada que me regaló el Gran Mariscal de Ayacucho*» (paragrafo 11).

⁹¹ E. Romero Fernández, “Presentación de avance de los resultados de la investigación. Proyecto de investigación: Valores de la posibilidad real de la integración latinoamericana” nel sito ‘internet’ www.convenioandresbello.org: «*Entre las opciones de integración que [Simón Bolívar] contempló fue la creación de un Estado Supra-Nacional general constituido por una Nación-de-naciones o República-de-repúblicas que formaba parte de sus “verdaderos proyectos”*» [cita de S. Bolívar, “Contestación de un americano meridional a un caballero de esta Isla”, Kingston, 6 de septiembre de 1815”]. Edgardo Romero Fernández (Maestría in “Pensamiento y valores integracionistas latinoamericanos: Historia y crítica”. Universidad Central Marta Abreu de las Villas [Cuba], con la collaborazione del Instituto de Relaciones Internacionales de Cuba, Raúl Roa) è il coordinatore delle Cátedras Andrés Bello del CAB - Convenio Andrés Bello.

⁹² Sul pensiero costituzionale di Bolívar, vedi A. Scocozza, “Le idee costituzionali di Simón Bolívar” estr. da *Atti dell’Accademia di scienze Morali e Politiche*, n. 89 1978, 1 ss.; P. Catalano, *Tribunato, censura, dittatura: conceptos constitucionales bolivarianos y continuidad en* Mérida s.a. (1978) e in *Quaderni Latinoamericani*, n.7 1981 [= *Rivoluzione bolivariana. Istituzioni- lessico-ideologia*] 1 ss.; L. Zea, “Imperio romano e imperio español en el pensamiento de

(già citata) di Robespierre (“*Respectez surtout la liberté du souverain dans les assemblées primaires*”) e che anticipa altrettanto da presso quelle del professore di Diritto romano, Padre costituente della Repubblica italiana, Sindaco della Città di Firenze e Presidente della Fédération Mondiale de Villes Jumelées (FMVJ):⁹³ Giorgio La Pira (i “discorsi”: *Valeur des villes* [Ginevra 1954], *Unire le città per unire le nazioni* [Parigi 1967], *Far convergere le città per fare convergere le nazioni* [Leningrado 1970], *Sanare le città per sanare le nazioni* [Torino 1971]).

E’ una prospettiva in linea con quella dell’Impero come “*consociatio*” di Repubbliche a base cittadina, teorizzata dal ‘romanista’ Johannes Althusius;⁹⁴ non con quella dello Stato di Stati, realizzato dai costituenti nord-americani nel 1787, su suggerimento dei “federalisti” Hamilton, Jay, Madison.

4. José Martí: per mezzo dei Municipi “se salvan de sí propios los pueblos”

Del padre della Indipendenza della República de Cuba, José Martí, mi limito a citare uno scritto del 1891:

De España le vinieron a México sus instituciones coloniales: y de Roma le vinieron a España las suyas: sólo que, como Blackmar dice sagazmente, Roma respetó la constitución del país donde la hallaba, y no envió la suya sino donde no la había aborigen; [...] persistente en América, a pesar de la rebelión sorda y secular y salvadora del indio, la ley romana que persistió en España, a pesar de godos y de moros, y triunfó al fin de ellos. El municipio es lo más tenaz de la civilización romana, y lo más humano de la España colonial. El municipio de San José de los Ángeles, el municipio típico, de diez mil acres arables repartidos en suertes de a doscientas varas, “¿qué es más que el municipio de Roma, con sus decuriones y sus duunviros?” Allá en Buenos Aires, cuando San Martín ¿no se llamaban decuriones los regidores? allá en Cuyo magnífica, donde San Martín pensó en

Bolívar” *ibidem*, 13 ss.; Aa.Vv., *Pensamento constitucional de Simón Bolívar* [Simposio italo-colombiano, Bogotá julio 1981] Bogotá 1983; E. Roza Acuña, *Bolívar. Pensamento constitucional*, Bogotá 1983; *Léxico constitucional bolivariano*, di Anna María Bartoletti Colombo, L. Brusual Afonso, L. Zelkovich Perera, con “Prefazione” di P. Catalano, a cura di ASSLA - Associazione di Studi Sociali Latino-Americani e di Sociedad Bolivariana de Venezuela, 3 voll. Napoli 1983, pp. 1024 + 293.

Circa la ‘eco robespierriana’, vedi, *supra*, § 2.5, la citazione del discorso *Sur la Constitution*, a proposito delle “*assemblées primaires*”.

⁹³ Che alla fine degli anni Ottanta diventerà la Fédération Mondiale des Cités Unies-FMCU e nel 2004 (fondendosi con la International Union of Local Authorities - IULA e con Metropolis - associazione mondiale dei Sindaci delle Città Metropolitane) diventerà la associazione mondiale Cités et Gouvernements Locaux Unis - CGLU.

⁹⁴ Althusius è autore (oltre che della più nota *Politica methodice digesta*, 3° ed. 1614) dei *Jurisprudentiae Romanae libri duo*, 1586.

*pasar los Andes, y organizó el paso San Martín, allá en su Cuyo, hizo lo que los romanos: no tocó a las instituciones nativas, obtuvo todo lo que pedía, no sólo porque era justo, sino porque lo pedía por las autoridades propias del país, y conforme a las instituciones y nombres del país. Sobre los indios puso España a Roma: por eso anda así la América. Pero del municipio no se ha de decir mal, porque por un municipio, por el de Mósteles, volvió España a la fuerza y decoro que depuso de siglos atrás, y por los municipios, en las más de las colonias, entró en la libertad la América. Esa es la raíz y esa es la sal, de la libertad: el municipio. Él temple y ejercita los caracteres, él habitúa al hombre al estudio de la cosa pública, y a la participación en ella, y a aquel empleo diario de la autoridad por dónde se aquilata el temple individual, y se salvan de sí propios los pueblos.*⁹⁵

Martí scrive questo elogio del Municipio romano quasi negli stessi anni in cui Theodor Mommsen lo definisce “*das Fundament unserer Civilisation*”.⁹⁶

V. QUALCHE CONCLUSIONE ATTUALE:
L'APPREZZAMENTO DA PARTE DEI POPOLI
AMERICANI INDIGENI E LE POTENZIALITÀ
PER RISPONDERE ALLA DOMANDA
MONDIALE DI DEMOCRAZIA

Nei secoli XIX e XX, lo Stato liberale (la combinazione di Stato persona giuridica astratta e di Stato apparato rappresentativo) impostosi in Europa con la sconfitta di Napoleone nella sua «*dernière bataille de la Terreur révolutionnaire*».

⁹⁵ J. Martí, “Un libro del Norte sobre las Instituciones Españolas en los Estados que fueron de México” in *El Partido Liberal*, México 25-11-1891, ora in Id. *Obras completas*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana 1975, t.7 Nuestra América, p. 59 (recensión del ensayo *Spanish Institutions of the Southwest* di F.W. Blackmar).

⁹⁶ Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Graz 1952 [r.a. 3a ed. Leipzig 1887] III.1., 773: «*Wie die Republik in notwendiger Konsequenz endigt mit Verwandlung des italienischen Städtebundes in die Roma communis patria, so endigt der Principat damit die Provinzialgemeinden alle erst zu städtischen Gestalt zu führen und dann gleichfalls in Bürgerstädte umzuwandeln. Das Ergebnis dieser Entwicklung, wiedergelegt wie es ist in römischen Rechtsbrüchen, hat insbesondere durch diese mächtige und zum Theile segensreich auf diejenige Entwicklung von Staat und Gemeinde eingewirkt, welche das Fundament unserer Civilisation ist*»; cfr. 781: «*Seitdem [dopo il bellum sociale] ist die römische Bürgerschaft rechtlich vielmehr die Conföderation der sämtlichen Bürgergemeinden*».

Ancora qualche anno prima Numa Denis Fustel de Coulanges aveva scritto: «*ce régime municipal que les Romains avaient établi chez nous [...] a subsisté à travers tout le moyen âge, avec le même caractère et avec les mêmes procédés, presque les mêmes magistratures, le même mode d'élection qui était en usage chez les Romains*» (*Leçons à l'Impératrice sur les origines de la civilisation française*, 1869-70, publiées par Pierre Fabre, Paris - Hachette, 1930, 40).

tionnaire *contre la société bourgeoise*»⁹⁷ si impone anche in America Latina, ove vi colpisce la autonomia Municipale, trasformando i Municipi della “Colonia” da “Repubbliche”, quali erano, in semplici appendici del potere centrale. Si tratta, come abbiamo visto, della applicazione dello schema “costituzionale inglese”, oramai multi-secolare in Europa e recentemente applicato, con alcune innovazioni, nella America anglosassone del Nord.

Nella America Latina, però, vi è —tra gli altri— un elemento di straordinaria rilevanza e significazione: è la adozione —fino ad una sorta di identificazione— del sistema municipale da parte dei Popoli americani indigeni. Essi e i loro Municipi (le *Repúblicas de Indios*) sono, pertanto, colpiti con una particolare durezza dalla normalizzazione statalista liberale dell’800 e del 900⁹⁸ ma essi e i loro Municipi sono anche i soggetti e i luoghi/istituzioni di una particolare resistenza.

⁹⁷ Napoleone viene conclusivamente sconfitto a Waterloo il 18 giugno 1815, mentre si sta concludendo il Congresso di Vienna (1 novembre 1814 - 9 giugno 1815). Napoleone è definito da Karl Marx «la dernière bataille de la Terreur révolutionnaire contre la société bourgeoise, également proclamée par la Révolution, et contre sa politique» (K. Marx et F. Engels, *La Sainte Famille. Ou Critique de la critique critique contre Bruno Bauer et consorts*, 1845, Chap. VI «La Critique critique absolue», ou la Critique critique personnifiée par M. Bruno, III. Troisième campagne de la critique absolue (par Karl Marx), c. Bataille critique contre la Révolution française) ed era stato definito «Robespierre à cheval” da Germaine de Staël (vedi, É.L. Lamothe-Langon [baron de], *Mémoires et souvenirs d’une femme de qualité, sur le Consulat et l’Empire*, Tome premier, Paris 1830, 370 e F.-Z. Collombet, *Chateaubriand sa vie et ses écrits*, Lyons 1851, 240 s., il quale [nt.1] rinvia al giornale dell’epoca, *Journal des Débats*, 5 e 9 aprile 1814).

⁹⁸ Così: E. Cruz [presidente municipal de Zaragoza, Veracruz] - A. Ocegueda Cruz [del Centro de servicios municipales de la misma Ciudad], “El artículo 115 constitucional y los derechos indígenas”, ponencia al Foro “Estudios de la Constitución política de los Estados Unidos mexicanos”, ver *Gaceta Parlamentaria*, año II, número 276, martes 1 de junio de 1999 (“Informe de la Comisión de estudios legislativos sobre el Foro ‘Estudios de la Constitución política de los Estados Unidos mexicanos’”) que agregan «*Con la invasión europea y la llegada del imperio, Maximiliano enarbolará una política indigenista a diferencia de los liberales mexicanos. A diferencia del periodo inmediato de independencia, los levantamientos indígenas de estos años fueron raros y los que estallaron asumieron un contenido proimperialista*»; cfr. J. L. Salas Velazquez, “Juntas auxiliares, ‘el gobierno de los pueblos’”, *ibidem*: «*Las instituciones que concretizan el Gobierno de los Pueblos, son las denominadas Juntas Auxiliares o Municipales, verdaderos órganos y administrativos y políticos, que subsisten hasta nuestros días. Estas Juntas Municipales o Auxiliares, [...] surgieron durante la colonia [...] En la actualidad se presenta a debate, si estas Juntas Auxiliares son una organización política, si tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y en suma, contradicen el espíritu del artículo 115 Constitucional, que define al Municipio como la base de su división territorial y de su organización política y administrativa. [...] Lo municipios indios constituyeron organismos colegiados o corporativos, que gobernaban las poblaciones tanto de españoles como de indios, y que se regían por sus correspondientes ordenanzas dadas por ellos mismos, aunque aprobadas por el rey, sus delegados o las autoridades superiores de gobierno. [etc. etc.]*»

Oggi, quando si riconosce che «*el gran reto del siglo XXI para los Estados latinoamericanos es incorporar en sus constituciones los derechos colectivos indígenas*»,⁹⁹ pare que la soluzione sia in gran misura alle nostre spalle: «*La via municipal, que en su inicio significó para los indígenas mexicanos una violenta imposición, ahora puede significar la realización de su autonomía como pueblos, que serán reconocidos como parte del Estado y la Nación mexicana*».¹⁰⁰

La richiesta della istituzione municipale (in quanto *la* istituzione della partecipazione democratica) non viene soltanto da culture tradizionali.

I segmenti più ‘avanzati’ della scienza economica mondiale, già da alcuni anni, hanno individuato una ragione importante — se non la principale — della crisi socio-economica nel *deficit* di democrazia e, quindi, un suo rimedio importante — se non il principale — nell’incremento della

⁹⁹ V. Cabedo Mallol, “Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina”, ponencia al Encuentro de Romanistas del Mercosur. Curso de actualización en derecho romano. Asunción-Encarnación-Trinidad, 17-22 de septiembre de 2007 – Encarnación, viernes 21 de setiembre, Pontificia Universidad Católica N.S. de la Asunción, Mesa redonda “Universalismo iurídico contra globalización. Las costumbres como fuente del derecho”.

¹⁰⁰ E. Cruz - A. Ocegueda Cruz, cit. Si vedano inoltre: M. Cruz Martínez, *La otra voz: el derecho indígena mexicano como nuevo modelo de organización política y sistema jurídico en América Latina*, Roma 2007 [Tesis doctoral en “Sistema jurídico romanístico e unificazione del diritto – Facoltà di Giurisprudenza – Dipartimento di Storia e teoria del diritto – Università di Roma II “Tor Vergata”] 407 ss. (a proposito della riforma dell’art. 115 della Costituzione federale messicana) e Margarita Carbó, “De la república de indios a la corporación civil. Vivir bajo permanente amenaza” in *Scripta Nova. Revista electrónica de Geografía y Ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, Vol. X, núm. 218 (73), 1 de agosto de 2006, la quale osserva essere stati soprattutto i *liberales mexicanos* a “despojar de prácticamente todos sus bienes patrimoniales” la “unidad económica y social de carácter comunal llamada república de indios” ma che la loro intenzione «de propiciar y facilitar el acceso a una finca, una huerta o un rancho a innumerables pequeños propietarios que se convertirían por esa vía en los protagonistas de una productiva revolución económica agrícola tipo farmer, fue [...] un rotundo fracaso. En lugar de repartirse para hacer la felicidad y la tranquilidad de muchos, la tierra se concentró cada más y las relaciones laborales de los latifundistas se endurecieron en lugar de mejorar. La desamortización no condujo a la conversión de los comuneros en pequeños propietarios privados sino si no a su transformación en jornaleros o peones en sus propias tierras, ahora en manos de los hacendados.» Cosicché, coloro i quali realmente “representaban el futuro” risultano oggi essere i *criollos* i quali “añoraban la época colonial” e gli *indios* i quali “defendían sus derechos y aspiraciones con argumentos del siglo XVII”. Per comprendere meglio queste tesi, vedi ora Maria Elizabeth López Ledesma, Adriana López Ledesma, A. Sánchez López, “Acciones colectivas y administración de justicia para el ejercicio de la democracia de los pueblos indígenas en México y en Latinoamérica” in V. Torre Delgadillo y Laura Patricia Murguía Goebel, coordinadores, *Las Acciones Colectivas y la defensa de los derechos e intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos en México en una perspectiva global*, Cuauhtémoc 06020 Ciudad de México DF, 2014, 57 ss. § III “Instituciones democráticas romanas en Castilla e indianas”; F. Espitia Garzón, ...

Cfr. G. Lozano, “Continuidad entre las ‘dos repúblicas’ del Derecho indiano y el ‘sistema republicano municipal’ del Derecho romano. Formulación esquemática de una hipótesis de trabajo” in *Roma e America. Diritto romano comune*, 24/2007, 17 ss.

democrazia. Rinvio alle dottrine dei Nobel per la Economia, Amartya Sen (1999)¹⁰¹ e Joseph Stiglitz (2012).¹⁰² La complessiva analisi di Economisti (tra loro molto diversi) come Sen e Stiglitz ha i connotati della ovvietà: la concentrazione del potere produce la concentrazione della ricchezza nelle mani di quegli stessi che detengono il potere e la concentrazione della ricchezza prima distorce e quindi paralizza il processo economico virtuoso. A scanso di equivoci, nel 1994, un'altra voce autorevole della Scienza economica, Robert David Putnam, già aveva individuato i punti di forza, per lo sviluppo socio-economico delle organizzazioni collettive, nei — tra loro connessi — “capitale sociale” e “tradizione civica”.¹⁰³

La Scienza giuridica converge in maniera rilevante sulla analisi della Scienza economica. Si pensi a tutta l'ampia riflessione sulla “crisi dello Stato”.¹⁰⁴ Tuttavia, il risultato soggettivamente massimo (e oggettivamente non disprezzabile) che essa riesce ad attingere, è: riconoscersi impotente a fornire il rimedio ovvero la soluzione richiesto/a. La situazione di stallo conseguente è stata definita come “blocage”.¹⁰⁵

¹⁰¹ Amartya Sen (Premio Nobel per l'economia, 1998), *Development as Freedom*, Oxford 1999, in particolare § 6 “The Importance of Democracy”.

¹⁰² Joseph E. Stiglitz (Nobel Memorial Prize in Economic Sciences, 2001), *The price of inequality: how today's divided society endangers our future*, New York 2012.

La tesi di Stiglitz è, ora, corroborata dai calcoli di Thomas Piketty, *Le Capital au XXIe siècle*, Paris 2013.

¹⁰³ R. D. Putnam with R. Leonardi and Raffaella Y. Nanetti, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton 1993; in part. §§. 6 “Social Capital and Institutional Success” e 12 “Traditions of Civic Involvement”; Id., “Bowling Alone: America's Declining Social Capital” in *Journal of Democracy*, 1995; Id., *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, 2000; Id., a cura di, *Democracies in Flux: The Evolution of Social Capital in Contemporary Society*, Oxford 2002; Id., “E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-First Century” in *Scandinavian Political Studies*, vol. 30 - N° 2, 2007, 137-173.

Cfr. A. Bévort, “Performances institutionnelles et traditions civiques en Italie. En relisant Robert Putnam” in *Revue française de science politique*, Année 1997, Vol. 47 n. 2, 234-247; Clementina Della Pepa e L. Iaccarino, “Capitale sociale: Putnam e i suoi critici”, combinazione, pubblicata in www.capitalesociale.org, di due saggi, pubblicati, in origine separatamente, dai rispettivi autori, sulla rivista *Il tetto*, nel 2006.

¹⁰⁴ G. Lobrano, “Dottrine della ‘inesistenza’ della Costituzione e ‘modello’ del diritto pubblico romano” in L. Labruna, diretto da, Maria Pia Baccari e C. Cascione, a cura di, *Tradizione romanistica e Costituzione [per i 50 anni della Corte costituzionale]*, Tomo primo, Napoli 2006, § 1 “Dottrina della ‘crisi dello Stato’” (pp. 325 ss.)

¹⁰⁵ E' stato osservato che «*La philosophie politique récente n'est pas restée prisonnière de cette approche 'représentative' de la démocratie. [...] L'idée émerge, tant dans les transformations qui affectent la réalité de nos sociétés que dans la pensée politique de la démocratie, d'un nécessaire renforcement des formes de participation des citoyens à l'exercice du pouvoir. Mais le terme reste souvent vague. De plus, même là où l'analyse se fait plus fine, l'exigence que ce terme dénote reste plus de l'ordre de la boîte noire que d'une opération théoriquement construite. Ce défaut de construction théorique explique ce que nous identifions comme un blocage.*» (J. Lenoble

Anche da questo punto di vista, è importante, se non addirittura decisivo, ricordare (cioè, operativamente: interpretare e ri-proporre) il pensiero politico-giuridico democratico, cioè municipale federativo, di “modello” romano, ri-proposto da Suárez, Althusius, Rousseau e i Giacobini e ri-lanciato dagli Autori della Indipendenza latino-americana ma avversato da Hobbes, Montesquieu, ‘*Federalists*’ e Girondini e, per ultimo ma non in fine, programmaticamente dimenticato dalla scienza giuridica borghese contemporanea.

In questa impresa, la interpretazione non equivocata dei sistemi federali è centrale.

et M. Maeschalk, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke 2009, xxvii (versione francese, con una nuova introduzione e una prefazione, dell'originale inglese-*Towards a Theory of governance, The Action of Norms*, The Hague-London-New York 2003; *cf.*, quindi, ID., *Democracy, Law and Governance*, Padstow 2010).

EL SENADO ROMANO Y SU PROYECCIÓN ACTUAL

Marcial Antonio RUBIO CORREA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Caracterización del Senado romano*. III. *La auctoritas*. IV. *El contraste entre el Senado Romano y el Congreso actual*. V. *Idea de un Senado romanista para la actualidad*

I. INTRODUCCIÓN

El lugar sistemático que se asigna al Senado en la constitución romana republicana, aunque existe ya desde la monarquía, es el de ser uno de los tres pilares fundamentales de la organización política de entonces, al lado de las asambleas populares y de las magistraturas. Kunkel se refiere a él como el *consejo de ancianos*.¹

La creación del Senado romano es atribuida ya a Rómulo, fundador de Roma,² pero la idea de un consejo de ancianos, conformado generalmente por personas de posición social acomodada o relevante que asesore al gobernante, viene desde antes: en la Magna Grecia al lado de *los Mil*, que en las colonias eran quienes asumían la función de asamblea participativa, estaba el magistrado que ejercía funciones ejecutivas y jurisdiccionales, al que

* Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ “El tercer elemento de la vida constitucional romana, al lado de las asambleas del pueblo y de las magistraturas, era el «Consejo de los ancianos»”. Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Ariel, 1973, p. 27.

² “La tradición latina atribuye la fundación del Senado a Rómulo con un número de cien senadores, que iría aumentando hasta llegar a trescientos en la época de Tarquino Prisco, que aumentaría el número admitiendo a los *patres minorum gentium*”. Torrent, Armando, *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Oviedo, Armando Torrent (ed.), 1982, pp. 78 y 79.

asistía y controlaba un consejo de ancianos conformado por los de mayor rango de nobleza y ancianidad.³

II. CARACTERIZACIÓN DEL SENADO ROMANO

El Senado fue un contrapeso político tanto frente a la participación popular en las asambleas, como frente a las magistraturas que ejercían el poder cotidiano en la sociedad política. Los textos indican que era un espacio para las aristocracias de aquel entonces: los padres de familia más relevantes eran los que participaban del Senado, excluyendo consiguientemente a la mayoría de los cabezas de familia existentes. Los senadores fueron desde el origen, y siempre, parte de las clases socialmente más acomodadas. Sin embargo, no en todas las épocas el criterio expreso de nombramiento fue el de clase: a partir de una cierta época, además, se debía haber ejercido magistraturas. Como es obvio, no es lo mismo decir que los senadores fueron de clases acomodadas que decir que fueron patricios.

Originalmente, en efecto eran patricios y De Martino señala que no se necesitaba ningún reconocimiento especial para que fuera así: los patricios más destacados ocupaban el Senado por ser quienes eran.⁴ Luego, se añadió al requisito de ser patricio el haber ocupado una magistratura.⁵ A partir de entonces, fueron senadores los patricios que tuvieron cargos políticos.

Posteriormente, ya entrada la República, ocurrió una transformación social producto de la evolución política y económica de la propia ciudad: al antiguo patriciado se sumó un grupo de plebeyos ricos que, dedicados al comercio y la producción, obtuvieron riqueza comparable o incluso mayor

³ “En Crotona, Locri y Reggio, los Mil son el grupo de nivel básico de decisión, como ocurre con asambleas oligárquicas similares en todo lugar. Pero en cada ciudad las decisiones más urgentes y su ejecución son llevadas a cabo por un magistrado (o unos magistrados) a los que corresponde en términos más generales el ejercicio de la jurisdicción y la actividad usual de gobierno. El magistrado republicano que tiene raíces antiquísimas en todo lugar (coincidente en la *apoikia* con los orígenes mismos de la nueva ciudad) es elegido anualmente, es asistido y a menudo controlado por el consejo, cuerpo infaltable en cada ciudad estado helénica desde los tiempos más remotos, que estaba conformado por la reunión de los jefes de familia nobles, o de los más nobles y ancianos” (Lorenzo Bracessi y Flavio Raviola, *La Magna Grecia*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 81 y 82).

⁴ “La participación en el Senado, al inicio, era un derecho de los padres, que no necesitaba ningún acto de reconocimiento: dependía sólo de la antigua ubicación de las ‘gentes’ y no del nombramiento del magistrado supremo”. De Martino, Francesco, *Storia della Costituzione romana*, Napoli, Jovene, 1972, t. I, p. 265.

⁵ “...afirmados la unidad ciudadina y el poder central, al título de pertenencia a una gens patricia se añade la nominación y, más tarde, se requiere haber ejercido una magistratura” (*Idem*).

que la de los patricios. Socialmente, se produce un progresivo acercamiento entre los patricios y los plebeyos de alta posición económica. Los intereses de unos y otros empiezan a confluir y los plebeyos ganan el acceso a las magistraturas y, con él, el ingreso al Senado cuando dejan el ejercicio de los cargos respectivos. La llamada *nobilitas*⁶ patricio-plebeya es la principal beneficiada por estos cambios.⁷

Durante el Imperio, el Senado continuó siendo conformado por personajes de alta posición social. El territorio había crecido significativamente y se incorporaron senadores de las provincias. El Senado, durante el Imperio, perdió atribuciones y se mantuvo como un órgano importante, pero sin la capacidad de decisión política de otras épocas. Sin embargo, fue tratado como una institución de la mayor importancia. La incorporación de los senadores de provincias tuvo, sin duda, un efecto legitimador de la organización imperial de aquel entonces, aun cuando los senadores eran más unas personas con privilegios sociales que con poder político.⁸

⁶ “Fue sólo un número relativamente pequeño de familias plebeyas quien se benefició (en lo esencial y a largo plazo) de la equiparación política alcanzada por la plebe, y estas familias lograron llegar al consulado y ser reconocidas como copartícipes del poder político por los linajes patricios. Formaron con los patricios una nueva nobleza de gobernantes, la llamada *nobilitas*, la cual, con el paso del tiempo, se fue haciendo cada vez más impermeable a los advenedizos (*homines novi*)”. Kunkel, Wolfgang, *op. cit.*, p. 28.

⁷ “Reservando a los patricios, por lo menos hasta que los plebeyos no llegaron a ser admitidos al tribunado militar con potestad consular, se pudo entrar en él al ser llamados los ex magistrados mayores, y una vez lograda la parificación política entre los dos órdenes ciudadanos se considera como genuino representante de la nueva *nobilitas* patricio-plebeya, conservando funciones de dirección política y de vigilancia respecto a los demás órganos constitucionales”. Burdese, Alberto, *Manual de Derecho Público Romano*, Barcelona, Bosch, 1972, p. 91.

⁸ “... después de Diocleciano el Senado, aunque todavía se reunía como un consejo, fue lentamente transformándose en una clase de la sociedad, el orden senatorial, que disfrutaba de ciertas exenciones en los impuestos y de ciertas dignidades. Muchos de los miembros de esta clase no habían visto nunca la ciudad de Roma, ni siquiera viajado fuera de las provincias en que vieron la luz. De pertenecer a un estamento elegido por el pueblo para desempeñar las magistraturas, y por tanto, habilitado para formar parte del gran Consejo de la República, que de hecho, aunque no de derecho, había gobernado el mundo romano, los senadores se convirtieron en una capa especial de la sociedad que disfrutaba de algunos privilegios, pero no ejercía ningún poder. Alejados de los demás, aislados y metidos en sí, buscaron refugio en las tradiciones, la literatura y la cultura de una época que estaban convencidos que nunca desaparecería. El poder del Emperador, con su aureola de santidad, primero por su «divinidad» y más tarde como representante de Dios, era absoluto y no se discutía. La esperanza de una restauración republicana que los senadores de los primeros días del Imperio habían abrigado, hacía mucho que se había olvidado. Sin embargo, aún se empleaban las antiguas frases. Cuando en el año 458 d.C. el emperador Mayoriano escribe al Senado por pura cortesía, se dirige a los senadores llamándolos *patres conscripti*, el nombre más antiguo del Senado, que data de los primeros días de la República”. Barrow, R.H., *Los Romanos*, México, FCE, 2008, pp. 191 y 192.

Un elemento fundamental en la historia de la constitución romana, es que el Senado fue una institución de continuidad de la vida política. En tanto los magistrados eran elegidos anualmente, con lo que la configuración de las magistraturas cambiaba con rapidez, los senadores tenían un cargo vitalicio y daban un aire de continuidad y permanencia a la estructura de poder de Roma⁹ aunque, como excepción, los censores pudieron retirar senadores en ciertas circunstancias.¹⁰

Este rasgo del Senado romano es de interés para el constitucionalismo actual porque, en virtud del principio de elección democrática, suele suceder que un giro de las preferencias del voto popular, retire a todo un determinado grupo de dirigentes del poder y elija a un grupo completamente nuevo para sustituirlo. En estos casos, nadie o casi nadie que pertenezca a la institucionalidad política queda en su puesto y ello crea el peligro de que aparezca una crisis de conducción profunda.

El concepto de senado romano como institución de continuidad de la vida política, puede ser un aporte interesante a la institucionalidad política contemporánea, porque ésta carece de órganos que la garanticen. En realidad, el sistema político actual no tiene como una de sus prioridades garantizar continuidades. De lo que se trata hoy es de que el poder sea ejercitado por un mandato popular claramente expresado en las urnas. Quitando aristas que deben ser modernizadas, el Senado romano puede ser un elemento nuevo y útil en la construcción de la sociedad política contemporánea desde este punto de vista de la permanencia de los grandes objetivos sociales mirados en el mediano y largo plazo.

La continuidad tiene importancia no sólo como acumulación de la experiencia política que tengan los senadores, sino también como el mantenimiento en la estructura política de la República de un grupo que exprese las diferentes tendencias políticas y concepciones de la sociedad. El voto democrático es oscilante entre posiciones alternativas. La existencia de mayoría y

⁹ “Entre la sucesión de magistrados anuales, responsables del ejercicio de sus cargos, y la masa del pueblo, necesariamente fluctuante, se ubicaba la continuidad del senado, depositario de la continuidad de la política romana, formado por ex magistrados que eran expresión de aquella *nobilitas* que conformaba la clase dirigente.

Hemos visto como el senado apoyaba la dirección de la política romana.

Su designación en términos concretos, con referencia precisa a los términos constitucionales, estaba contenida en la expresión *Senatus Populusque Romanus*, que da la idea de un binomio inescindible, encarnación de aquella organización que constituía la base del poder político” Grosso, Giuseppe, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 233-234.

¹⁰ “... los censores podían acomodar el principio vitalicio de los senadores con la remoción de los que consideraran indignos como consecuencia del *iudicium de moribus*”. Torrent, Armando, *op. cit.*, pp. 219 y 220.

minoría, la decisión por mayoría y la alternancia en el poder, son tres rasgos distintivos, casi con valor de principios, de la democracia contemporánea. Sin embargo, una institucionalidad política que pase de manos del gobierno a la oposición y luego al gobierno, cuando no a algún ganador inopinado que funcione más como un caudillo que como un líder de partido, pierde en esa oscilación pendular el aporte de los diversos puntos de vista existentes: la mayoría puede controlar el aparato político sin dejar resquicios de expresión y de decisión a la minoría.

Por lo demás, en el mundo de hoy no sólo hay concepciones estrictamente ideológico-políticas. También hay conceptos esencialmente sociales que atraviesan las diferentes ideologías. Los derechos fundamentales del ser humano, la protección del medio ambiente como presente y como legado al futuro de la humanidad, el deber de contar con una economía estable, el deber de proteger la salud, todos éstos, y muchos otros, son aspectos de la vida contemporánea que no tienen color ideológico.

En un Senado de este tipo, deberían tener representación no sólo ciudadanos que se ocupan de la política, sino también quienes tienen compromiso con diversos asuntos de naturaleza social. En la organización de la vida actual, tienen trascendencia no sólo quienes ganaron una elección popular sino quienes dirigieron organizaciones sociales con sentido solidario. El tejido social contemporáneo es mucho más rico y variado que el de hace dos mil años. Esto hay que tenerlo en cuenta al traer instituciones del pasado al presente.

Un Senado semejanza del romano garantizaría ambas continuidades: la de personas con experiencia y la de la pluralidad de posiciones políticas y de concepciones sociales. Permitiría que todas ellas convivan y cotejen ideas en su interior.

El Senado sería una imagen institucional de lo que continúa en la sociedad y en la política. Esto lo hace algo distinto de las otras instituciones de la sociedad democrática moderna y hay que destacar algunas de estas diferencias.

La primera de ellas es que, si en un Senado conviven líderes políticos y sociales, el debate no será exclusivamente político como ocurre en los órganos legislativos contemporáneos. Habrá también consideraciones de naturaleza eminentemente social. Es verdad que, en la actualidad, estos últimos temas están presentes, pero tamizados por lo político. Por ejemplo, es probable que un líder conservador que está de acuerdo con la protección del ambiente, defienda la realización de un proyecto minero porque contra él se manifiestan grupos políticos y sociales de izquierda. La política lo tiñe todo en la institucionalidad contemporánea. Deberíamos tratar de que no sea así.

La segunda es que este Senado no tendrá mandato popular porque, su misma concepción, exige que sea conformado por personas elegidas por su *cursus honorum* y no porque postularon a una elección y alcanzaron un cupo con los votos obtenidos. Sería, en este sentido, un órgano de origen muy distinto a los demás (nos referimos a la jefatura de Estado y de gobierno, al órgano legislativo, a las presidencias o gobernaciones regionales, alcaldías y concejalías municipales).

Esto impone dos deberes: el primero, dar al Senado atribuciones que no se superpongan a las que corresponden a las magistraturas elegidas popularmente, que son las encargadas de conducir la vida política. Esto porque, frente al mandato popular, un Senado no representativo no debería poder imponer su voluntad en todos o la mayoría de los ámbitos de ejercicio del poder público. El segundo, que la permanencia de los senadores no sea vitalicia (como en Roma) sino que tenga período fijo, de manera que pueda renovarse con el tiempo y, así, no conduzca a que un grupo social pueda imponer decisiones por ser quien es, bajo forma de una élite que ejerce poder de por vida. Un período de diez años en el cargo, no renovable, parecería un justo medio razonable atendiendo a estas premisas. Puede haber otros.

La tercera es que, coincidentemente con su sustancia, el Senado debería tener funciones que sean “de Estado”, no “de gobierno”, aprovechando la terminología contemporánea. Desde luego, como todo concepto general, estos dos tipos de funciones tienen perfiles muy claros para la mayoría de la casuística, pero tienen también zonas grises, de posible confusión. Por ello, las atribuciones del Senado deberían ser una enumeración taxativa y suficientemente precisa.

En este sentido, el Senado romano discutió muchísimos de los temas centrales de la política de aquel tiempo y, aunque sus deliberaciones no tenían fuerza coactiva, el peso institucional con el que contaba, conducía a que los magistrados le hicieran caso:

En cuanto concierne a la eficacia de las deliberaciones, no se puede negar que los senadoconsultos fueran por sí mismos de fuerza coercitiva directa. Pero el magistrado tenía el deber constitucional de seguirlos y de imponer su observancia a los ciudadanos y no es verdad que pudiese hacer su propia versión de los pareceres que eran emitidos como consejo a él mismo. Tampoco los senadoconsultos eran siempre resultado de una propuesta del magistrado: tenemos senadoconsultos en los cuales se menciona al magistrado proponente y otros, sobre todo en asuntos internacionales y religiosos, en los cuales tal mención no existe.

El magistrado que se negaba a obedecer al Senado, cometía un grave acto de violación de sus deberes, que eran fundados sobre la fe y se exponía a

todas las consecuencias de su acto, las que no eran sólo de orden moral, sino también jurídico debido a la estrecha relación que existía entre las costumbres y la posición del ciudadano en la organización política y que podían ser determinadas, por ejemplo en un *iudicium de moribus* promovido por los censores. Tampoco podía excluirse la posibilidad de un proceso por delito contra los deberes públicos o la majestad, provocado por el Senado al concluirse el período del cónsul desobediente. Los medios coercitivos eran así de notorios y la terminología de las fuentes que afirman que los magistrados estaban bajo la autoridad, en potestad del Senado, no indican una preeminencia sólo formal, sino un vínculo efectivo de subordinación político-constitucional, que era violada raramente y que, en todo caso, no se podía violar impunemente, sin dar lugar a un verdadero conflicto.¹¹

El Senado romano tuvo las atribuciones que resumimos a continuación. Dos de ellas fueron muy importantes durante el período monárquico y al principio de la república:

- El *interregnum* que consistió en la devolución del *imperium* y los auspicia a los *patres* al no haber rey y, más tarde, magistrado a cargo del poder.¹²
- La *auctoritas* en relación a las deliberaciones de los comicios en todos los aspectos, fueran dación de normas o elección de magistrados.¹³

Adicionalmente, el Senado tuvo atribuciones sumamente detalladas en los siguientes aspectos temáticos:

- Culto.
- Finanzas.
- Asuntos penales especialmente de interés general.
- Leva y conducción de la guerra.

¹¹ De Martino, Francesco, *op. cit.*, pp. 484-485.

¹² “El *interregnum* correspondía solo a los *patres*. Por medio de él, los auspicios retornaban a los *patres* si los cónsules faltaban sino que fueran nominados sus sucesores. Los *patres* mantenían el *interregnum* hasta que se produjera la nueva elección. Sin embargo, el valor de esta institución fue reducido a muy poca cosa con la colegialidad del cargo y con la elección anticipada de los cónsules: la hipótesis de la ausencia de magistrados que daba paso al *interregnum* se convirtió en caso raro”. Grosso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 202.

¹³ “La *auctoritas* era necesaria para todas las deliberaciones de los comicios, se tratara de aprobación de leyes o de elección de magistrados... También esta función perdió valor cuando la ley Publilia Philonis del 339 a.C. para la propuesta legislativa por el magistrado, y la ley Maenia del siglo III para las elecciones, transformaron la ratificación en una opinión previa no vinculante, que se redujo a una mera formalidad”. De Martino, Francesco, *op. cit.*, pp. 271 y 272.

- Relaciones exteriores de Roma con otros pueblos.
- Organización territorial y administrativa.
- *Senatus consultum ultimum*.

En razón de la finalidad de este trabajo, no tiene propósito entrar a considerar en detalle todas estas funciones del Senado romano porque la mayoría de ellas no podrían ser ejercidas por un senado contemporáneo: pertenecen a aspectos esenciales de la vida política y, en el ámbito de la democracia, deben permanecer en manos de los elegidos para ejercer funciones políticas.

De las funciones enumeradas inmediatamente antes, el culto está independizado del Estado en buena parte de las sociedades occidentales contemporáneas y se rige de acuerdo con las reglas de la libertad de religión, de creencia y de culto. De otro lado, las finanzas y los asuntos penales se viabilizan a través de normas con rango de Ley que aprueba normalmente el órgano legislativo. Esto incluye, desde luego, a la leva castrense cuando debe realizarse.

Sin embargo, la guerra, las relaciones exteriores y la organización territorial de una sociedad política moderna, son asuntos esencialmente políticos y, si bien residen ejecutivamente en el conjunto de órganos democráticamente elegidos, tienen aspectos sujetos a discusión que deberían ser materia de tratamiento en el Senado y, de ser el caso, convertirse en tema de sus exhortaciones.

La guerra y la paz entre estados es de trascendental importancia para la subsistencia de las sociedades políticas y de los seres humanos. Merece el tratamiento más alto y concienzudo posible. Hoy nadie se beneficia con una guerra, aunque la gane. Los ejemplos están a la vista y nos eximen de mayor comentario. Un debate reposado de los peligros de guerra, interna y externa, es indispensable.

Lo propio pasa con las relaciones internacionales, que requieren contemporáneamente una apreciación altamente técnica de la situación mundial y regional, así como de los aspectos económicos, sociales, migratorios, de seguridad, de corto y largo plazo. Se trata de una evaluación permanente que debe tener publicidad y participación de amplios sectores sociales. Los órganos legislativos contemporáneos difícilmente dan al debate de las relaciones internacionales un espacio, profundidad y difusión suficiente. Este Senado podría hacerlo.

La propuesta de demarcación territorial y administrativa de la organización política contemporánea podría bien quedar en manos de un Senado no elegido y de continuidad en el tiempo. En general, la división política del territorio tiene significados de representación y de resultados electorales que

la hacen instrumentalizable por los políticos que están sujetos a elección. En el Perú, adoptar la demarcación territorial es atribución del Congreso de la República, pero debe hacerlo a propuesta del Ejecutivo (102 inciso 7 de la Constitución). El mecanismo ha demostrado ser altamente ineficiente para resolver los problemas que se presentan. Es por tanto posible que un Senado como el que pretendemos crear a partir del Senado romano, pueda ocuparse de este diseñar la organización política del territorio y proponerla a votación ad referendum. Sobre todo, un Senado no elegido puede solucionar con mayor objetividad los problemas electorales de la demarcación política, precisamente, porque sus miembros no tienen interés directo en las consecuencias que para el voto popular tendrán las decisiones demarcatorias que se tome.

Sin embargo, en el contexto contemporáneo podríamos pensar en otorgarle otras competencias de distinto orden que correspondan más bien a la tarea de la organización política como conjunto que a la función estrictamente operativa del gobierno cotidiano. Después de todo, eso fue lo que hicieron los romanos con su Senado, dentro de la configuración de los temas neurálgicos de la política en aquél tiempo.

Un asunto especialmente relevante dentro Senado romano fue la naturaleza de sus deliberaciones y decisiones en materia política general: en la forma, no era un órgano deliberativo con capacidad de imponer sus puntos de vista salvo en lo que tenía decisiones propias específicas, como vimos antes.¹⁴ Sin embargo, por su ascendencia tuvo participación en diversos temas de política y de legislación¹⁵ y, en la realidad, los magistrados difícilmente

¹⁴ Una primera afirmación importante de De Martino es la siguiente: “La opinión prevalente hoy en la historiografía moderna consiste en que el Senado fue un consejo del magistrado, sin iniciativa, aunque premunido de una alta autoridad política. El magistrado no estaba obligado a escuchar el parecer del Senado en relación a los actos que correspondían a la esfera de su poder autónomo. Si lo estaba para los actos extraordinarios, pero, aun en este caso, no se trataba de un requisito de validez del acto y, consiguientemente, el ciudadano no podía negarse a obedecer la orden del magistrado emitida sin la aprobación del Senado”. *Ibidem.*, p. 477.

Además, añade la siguiente constatación: “En lo que concierne a la eficacia de las deliberaciones (del Senado), no puede negarse que los senados consultos fuesen de por sí premunidos de fuerza coercitiva directa”. *Ibidem.*, p. 483.

¹⁵ “En la época republicana, en la posición que tenía el Senado dentro de la función consultiva, éste interfería en varias formas dentro de la creación del Derecho, sea interviniendo en la legislación comicial misma (con la antigua *auctoritas patrum*, con la colaboración en la preparación de los proyectos de leyes, con el poder que se arrogó de juzgar la constitucionalidad de las leyes y de dispensar su aplicación), sea señalando vías al pretor el que les daba trámite a través de los propios medios con que contaba (denegando acciones, aplicando excepciones, etc.). Sin embargo, los senadoconsultos no eran considerados por sí mismos fuentes del Derecho, porque eran la asamblea popular o, por otra vía el *imperium* del pretor, los que daban a las normas su carácter *formal*”. Grosso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 385.

podían negarse a admitir los puntos de vista del Senado e, inclusive, podían ser sancionados jurídicamente al negarlos.¹⁶ De esta manera, el Senado gravitó de forma sumamente trascendente en la política romana. Los autores se atreven a decir que, en realidad, los magistrados fueron ejecutores de las decisiones del Senado.¹⁷

En síntesis el Senado fue una institución de personas de presencia destacada en la sociedad romana. Primero patricios y, luego, patricios y plebeyos con riqueza y poder. A partir de cierto momento, se debía haber ejercido magistraturas. El carácter vitalicio de la condición de senador permitió continuidad en la política romana, más allá del cambio de personas en las magistraturas por los mecanismos de elección periódica. El Senado tuvo una autoridad consuetudinaria y los magistrados y el pueblo obedecieron sus senadoconsultos como regla general. Fue, en ese sentido, también un órgano moderador de la política. Destaca la *auktoritas* que tiene y de la cual nos ocupamos a continuación.

III. LA AUCTORITAS

La *auktoritas* pertenece exclusivamente a los patricios como sector del pueblo y es atribuida directamente al Senado que, en su origen, estuvo conformado por patricios:

¹⁶ “El magistrado que se negaba a obedecer al Senado incurría en un acto de grave violación de sus deberes, los que estaban fundados en la *fides*. Se exponía, por ello, a todas las consecuencias de su acto, las que no eran de orden simplemente moral sino también jurídico por el vínculo cercano que existía entre las *mores* y la posición del ciudadano en la organización política. Por ello podía ocurrir, por ejemplo, un *iudicium de moribus*, seguido por los censores, y tampoco podía excluirse la posibilidad de que se entablara un proceso por delito contra la autoridad pública, o por *maiestas*, iniciado por el Senado al finalizar el ejercicio del cargo del cónsul desobediente. Los medios coercitivos eran significativos y, además, cuando las fuentes dicen que los magistrados estaban en autoridad, en potestad del Senado, no hacen referencia a una preeminencia formal sino a un vínculo efectivo de subordinación político-constitucional, que no se podía violar impunemente sin dar lugar a un verdadero conflicto que, por otra parte, ocurrió sólo raras veces”. De Martino, Francesco, *op. cit.*, p. 485.

¹⁷ “De este modo el Senado deviene en la expresión máxima de la nueva clase dirigente patricio-plebeya. Dadas su composición y su estabilidad, concentraba autoridad y prestigio frente a los magistrados. Se toma por cierto que el Senado se transformó de consejo del magistrado en verdadero órgano de gobierno, del cual los magistrados no fueron otra cosa que instrumentos ejecutivos”. *Ibidem*, p. 475.

“La base del desarrollo de esta competencia fue la función de consejo, que caracterizaba la afirmación de la posición del Senado como espina dorsal de la vida política romana. Más allá de la administración ordinaria, no había magistrado que osara tomar una decisión importante sin consultarla al Senado”. Grosso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 203.

En el cuadro de aquellos que he individualizado como titulares de poderes en el sistema religioso-jurídico romano, es decir, en el plano humano, el pueblo y sus partes (Quirites, plebe y *patres-patricii*), la *auctoritas* aparece como el poder más celosamente reservado: no solamente es atribuido prevalentemente a los *patres-patricii* (y por tanto al Senado) sino que también es expresamente negado al pueblo considerado en su integralidad y se entiende, a mayor razón, al 'resto' del pueblo sustraídos los padres, es decir, a la plebe.¹⁸

En términos concretos, la *auctoritas* es un sistema de control de las decisiones del pueblo en manos de los patricios. Tiene origen al principio de la República, cuando los reyes son destronados, vencidos por la aristocracia, y se sustenta en una opinión desvalorizada de las asambleas populares:

En nuestro parecer, la *auctoritas* es expresión de la soberanía del Senado patricio en la época del triunfo del gobierno oligárquico, vale decir, justo después de la caída de la monarquía. La *auctoritas* es un instrumento del poder patricio, que tiende a impedir que sean adoptadas decisiones o elecciones de magistrados, que resulten poco agradables. Históricamente se nos presenta como residuo de una concepción arcaica, la que considera a las asambleas del pueblo como órganos de capacidad jurídica deficiente.¹⁹

Lobrano caracteriza a la auctóritas como un poder relacional:

La *auctoritas* parece, de hecho, ser un poder de relaciones, un poder que necesita siempre de uno o más antagonistas "sobre o contra los cuales" ejercitarse. Esto vale también para el imperium pero, mientras este último es un poder directamente aplicado a la acción para la cual es utilizado, la auctóritas queda tersa, dirigiendo desde lo externo de la acción. Esta característica del poder-auctóritas es reconocida por la doctrina, bien en referencia a la esfera pública, bien a la privada de los actos jurídicamente relevantes.²⁰

La *auctoritas* aparece, así, como un poder que genera una especie de *temor reverencial* y corresponde sin duda a la preeminencia originaria de la aristocracia patricia de la época de la caída de los reyes, como indican nuestras fuentes. Parece haber sido así a lo largo de toda la República pues Orestano anota que Augusto la toma como fundamento de sus inmensos poderes de príncipe:

¹⁸ Giovanni Lobrano, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milán, Giuffrè, 1983, Parte III; cap. II, p. 274.

¹⁹ De Martino, Francesco, *op. cit.*, p. 275.

²⁰ Giovanni Lobrano, *loc. cit.*

No carece de significación, en fin, recordar que Augusto, para determinar su posición respecto a las magistraturas republicanas, se reclamó con *autoritas*: *Post id tempus auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt.*

La *autoritas* va más allá de la *potestas*. La suma de todos los poderes conferidos al emperador, aún si tienen un valor más amplio de aquel que pudieron singularmente tener según el principio republicano, es inferior a aquello en que consiste el poder político de facto del emperador a partir de Augusto.²¹

[La traducción del texto latino dentro de la cita puede consultarse en <http://www.unizar.es/hant/Fuentes/resgesta.HTML>: “Desde entonces fui superior a todos en autoridad, pero no tuve más poderes que cualquier otro de los que fueron mis colegas en las magistraturas”.]

De manera que la *autoritas* es un poder que pertenece a los patricios como aristocracia y aparece, presumiblemente, al vencer esta aristocracia a los reyes y destronarlos. No es un poder de mando, sino que parece más bien un poder que genera *temor reverencial* y que utilizan sólo los padres-patricios para ejercitar el control de las decisiones de las asambleas populares. En realidad, según dicen los autores citados, tiene como fundamento original una desvalorización de la calidad de las decisiones de las asambleas populares. Más allá de esta caracterización, es evidente que la *autoritas* dio presencia política al Senado como entidad respetable cuyas recomendaciones debían ser atendidas aun cuando no fueran coercitivas estrictamente hablando. Esta *autoritas* permitió que el Senado fuese un órgano de continuidad y estabilidad en el contexto de la política romana en la que participaba una tríada compuesta por el pueblo y sus comicios, las magistraturas y el Senado.

IV. EL CONTRASTE ENTRE EL SENADO ROMANO Y EL CONGRESO ACTUAL

Es preciso reconocer, ante todo, que el órgano legislativo contemporáneo sufre, en general, una crisis de eficiencia y de credibilidad. Los pueblos, cuando menos en América Latina que es la región que nos ocupa, tienen una opinión poco edificante de sus congresos nacionales. El mecanismo de elección y la crisis de los grandes partidos, ha conducido a que los congresistas no sean en general gente esclarecida sino, muchas veces, publicistas hábiles que con-

²¹ Riccardo Orestano, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, Casa Editrice il Mulino, 1981, pp. 633 y 634.

quistan el voto popular con una comunicación social más parecida al *ethos* del mercado de consumo que al de la cosa pública. Los legisladores, salvo excepciones que siempre existen, no tienen una cultura política amplia que les sirva para entender y, consecuentemente, decidir sobre los problemas nacionales más serios. A menudo, el congreso no se ocupa de los temas centrales que debiera solucionar y dedica sus esfuerzos a cosas secundarias. La inmunidad y la inviolabilidad parlamentarias, surgidas con las revoluciones liberales para promover la democracia frente al autoritarismo muchas veces son, cuando menos en el Perú país desde el cual escribimos, escudos de impunidad protegidos por las propias comisiones de ética parlamentaria, generalmente de mano blanda para con sus colegas.

Uno de los problemas centrales del modelo actual de separación de poderes consiste en que todos piensan en las próximas elecciones y en la continuidad en el poder: los parlamentarios en su reelección permitida siempre por las leyes, cuando menos en el Perú, los presidentes de República en modificar las constituciones para poder postular indefinidamente a la reelección. Si bien esto último no ha sido aplicable a todos los primeros dignatarios de los países latinoamericanos, se nota una tendencia creciente a apuntar hacia las reelecciones.

De esta manera, sometidos a elecciones periódicas en las que hay que vencer, los gobernantes tienden a pensar en el corto plazo y a postergar las grandes políticas que desarrollan y sustentan a los pueblos. El sistema político está construido para el corto plazo. Y si bien nosotros hemos focalizado nuestro trabajo sobre América Latina, es evidente que los gobiernos del Norte, enfrentados ahora a una seria crisis económica, también son acusados de luchar contra los epifenómenos sin atacar las verdaderas causas del estancamiento.

Frente a estas constataciones, la reflexión sobre el Senado romano puede aportarnos ideas alternativas interesantes. Principalmente las siguientes:

- La conveniencia de establecer un órgano constitucional con continuidad en el tiempo, no sometido exactamente a los plazos electorales sino, en todo caso, a plazos mayores. Con un órgano constitucional de mayor continuidad en el tiempo que la que corresponde a los elegidos por el voto popular, se puede crear una suerte de columna vertebral política no sometida al vaivén electoral. Ya se hace esto con algunos órganos importantes como, por ejemplo, los tribunales constitucionales. También ocurre en los tribunales máximos de justicia o en órganos técnicos como los que gobiernan los bancos centrales o las superintendencias de control.

- Obtener un órgano establecido a partir de un principio de selección distinto al puramente electoral. No debemos olvidar que varios de los problemas del sistema político vigente provienen de la necesidad que sienten los políticos en el poder, de ganar las siguientes elecciones. Este requerimiento hace que los políticos en ejercicio de poder piensen más en el corto que en el largo plazo.
- Debe buscar la estabilidad del sistema en su conjunto. Un Senado del tipo romano en nuestros sistemas no sólo servirá de contrapeso frente al poder del órgano legislativo elegido. También puede tener influencia en todos los otros múltiples órganos constitucionales hoy día existentes.
- El sistema político contemporáneo, hablo específicamente del caso peruano, tiende al “doy para que des” en materia de corrupción. Esto es especialmente grave cuando son los parlamentarios quienes tienen que investigar y sancionar a sus colegas. No sólo hay solidaridades antiéticas de quienes pertenecen al mismo grupo político, sino una especie de protección de grupo. En el argot peruano esto ha sido graficado con un dicho popular referido al otorongo, el felino selvático más grande entre nosotros. El dicho dice: “otorongo no come otorongo”.
- Es importante aprovechar la experiencia previa de gobierno o de ejercicio del poder en los componentes de un órgano senatorial. Permitirá que sus labores se realicen con calidad pero, también, con conciencia de las necesidades operativas, con legitimidad y ascendiente en el sistema político general.

Sólo por razones metodológicas, porque no hace falta decirlo por otras razones, estimamos importante señalar que no se trata de trasplantar lo más cercanamente posible el Senado romano al mundo actual. Las diferencias de la vida política son abismales en multitud de sentidos que resultan fácilmente comprensibles. Por ello, no pretendemos “tomar la institución” sino tomar “la sustancia de la institución” (en sentido aristotélico) y ubicarla en nuestro sistema político.

V. IDEA DE UN SENADO ROMANISTA PARA LA ACTUALIDAD

Su primera característica debe ser la de congregar a personas con liderazgo político que ejercieron poder y ya no lo ejercen directamente. Se trata, de

esta manera, de aprovechar su legitimidad y conocimiento. Hay que reconocer que es un concepto de reclutamiento de naturaleza elitista: consiste en buscar a los que estimemos *los mejores*. De por sí, tal consideración no tiñe de antidemocrático el sistema, siempre que el voto popular tenga el espacio correspondiente, dentro del cual participar y decidir.

No es fácil determinar en la actualidad quiénes serían estos senadores. No necesariamente tienen que haber ejercido cargos políticos. También podrían haber ejercido cargos de importancia social, dentro de cierta área de vida colectiva, por las razones ya dadas previamente (ver apartado 1 de este capítulo). Habrá variaciones de país a país. Si quisiéramos hacer una lista de posibilidades podríamos señalar las siguientes:

- Los ex presidentes de la República.
- Los ex presidentes de regiones, o de estados federados si es el caso.
- Ex presidentes de consejos de ministros.
- Ex presidentes de órganos constitucionales como el Congreso, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público o Fiscalía, el Banco Central, las superintendencias más importantes, los tribunales de cuentas, las cortes electorales.
- Ex defensores del pueblo.
- Antiguos rectores de universidades públicas cuando son elegidos para el rectorado por sus comunidades académicas.
- Ex dirigentes nacionales de gremios de trabajadores y de empleadores.
- Ex presidentes de academias de ciencias y artes.
- Premios nacionales a la cultura donde los hay.
- Antiguos decanos de colegios profesionales cuando son entidades de naturaleza pública.

De todas formas habrá que poner requisitos razonables y comunes: un cierto tiempo de haber ejercido los cargos que dan origen al nombramiento como senador; una edad límite; un plazo del encargo senatorial que podría ser, por ejemplo, equivalente a dos veces el plazo de elección de un congresista (en el Perú esto equivale a diez años); una cierta proporción de senadores, con relación al todo del Senado, en función del cargo que ocuparon y de los sectores políticos o sociales en los que actuaron. Habría que determinar si pueden ser reelegidos. Por el plazo dado antes ello no parece recomendable.

Debe haber responsabilidad de sus miembros por incumplimientos manifiestos: un senado inspirado en el modelo romanista no debiera tener ins-

tuciones parlamentarias de inmunidad e inviolabilidad que se identifiquen con la impunidad, como ocurre ahora en los órganos legislativos: podrán existir, pero no deben ser absolutas porque el magistrado es un comisionado del pueblo y debe responder ante él, no importa qué cargo ocupe.

Se debe reclutar a los miembros de este Senado de manera tal que necesariamente tengan pluralidad de posiciones políticas. Sin ese requisito, el Senado no podrá tener función rectora y autoridad propia. Esto hace ver que sería un órgano de número significativo de miembros. La composición clásica del Senado romano republicano fue de entre cien y trescientos miembros. Se podría ubicar un término medio entre estos dos números.

Tendría que superar algunos de los defectos de las grandes asambleas políticas. Inclusive el Senado romano tuvo el problema que modernamente se ha dado en llamar *filibusterismo* y que hace que el debate se retrase o no se pueda concluir.²² Será necesario dotarlo de agilidad, interponer un trabajo eficiente de comisiones, un criterio de exigencia de trabajo para sus miembros, procedimientos transparentes que den seguridad sobre qué, cómo, cuándo y dónde se elaboran y toman, finalmente, las decisiones. Tiene que ser un órgano colegiado que actúe con plazos razonables, pero que se vencen y deben ser utilizados eficientemente.

Si el Senado ha de ser una institución respetable, es preciso que una mesa directiva elegida por sus miembros fije la agenda en debate abierta a los ciudadanos de manera que la opinión pública, y la política, puedan proponer temas y estar al tanto de cómo se procesa la agenda. Esta publicidad de elaboración de las prioridades de trabajo del pleno de los órganos legislativos actuales, no suele existir.

El resultado del debate público no debe ser una decisión vinculatoria, sino a lo sumo una exhortación. Si el Senado contemporáneo adquiere la trascendencia del romano, el gobernante le hará caso (como ocurría en Roma según hemos ya visto) y, así, habrá triunfado la política de Estado sobre la de gobierno, utilizando siempre la terminología contemporánea.

Una atinencia importante es que este Senado, teniendo particularidades propias, estaría sin embargo inmerso en la esfera del poder del Estado y el poder es capacidad de ejecución, no sólo de expresión. Por tanto, hay que dotarlo de posibilidades de ejecutar o, en todo caso, de accionar para

²² “(...) y como no había límite de tiempo para hacer uso de la palabra, era frecuente ver casos de obstruccionismo extendiendo el discurso en busca de alcanzar el ocaso sin que se llegara al voto (*diem dicendo consumere*)”. Grosso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 206.

“Los presentes eran interrogados comenzando por el *princeps senatus* y siguiendo el rango, luego lo eran los cónsules, los pretores y así sucesivamente hacia los grados menores. Sin embargo, a estos últimos a menudo no se les pedía su opinión”. De Martino, Francesco, *op. cit.*, p. 487.

que se viabilice la ejecución de sus exhortaciones. En tal sentido, podrían establecerse autorizaciones para que el Senado persiga el cumplimiento de sus conclusiones, si no directamente, pidiéndolo a otros órganos del Estado. En la cita de De Martino que acabamos de hacer, hay indicaciones de que el Senado romano contaba con instrumentos de esta naturaleza.

Las funciones que este Senado cumpliría serían, en algunos casos similares y, en otros, distintas a las que tuvo el Senado romano por la diferente composición del sistema político contemporáneo y, también, por la diversa naturaleza de la vida política de entonces y de ahora.

Creemos que un primer ámbito de funciones tiene que estar relacionado a la discusión abierta de la política, y de la moralidad en materia de asuntos de interés general. Esto sería herencia directa del Senado romano y, por lo demás, no es asunto del que se ocupen sistemática e intensamente los órganos políticos actuales pues las mayorías absolutas y las alianzas para lograrlas, cuando ello es necesario, suelen acallar muchas discusiones que deberían producirse.

El sistema político contemporáneo no tiene vocación verdadera de discutir todo lo importante de la política. Suele callar, por razones subalternas, temas que deberían ser aireados y discutidos pluralmente para encontrar las mejores soluciones. Muchas veces, el grupo político que gana una elección impone sus puntos de vista sin un debate esclarecedor y enriquecedor. La democracia occidental, en ese sentido, tiene muchas virtudes, pero el defecto de seguir muy directamente los intereses del grupo predominante cuando tiene el poder suficiente para acallar lo que no quiere escuchar en la escena política pública.

Al propio tiempo, en nuestra política cotidiana no existe un espacio suficientemente abierto para discutir la corrupción, que existe con una gran dosis de impunidad. La lucha contra ella siempre tiene resultados limitados porque el enfoque que se asume en la lucha contra ella no es explícito ni consistente. Tal vez el caso más dramático de los últimos decenios en toda América sea el narcotráfico: combatido represivamente sobre todo en los lugares de producción (no en los de consumo que le dan los recursos para seguir existiendo), el narcotráfico ha florecido a vista y paciencia de todos los gobiernos. Esto, a pesar de la violencia que produce y que corroe toda la vida social. Sin embargo, en el sistema político y en las relaciones internacionales, esta metodología de lucha fehacientemente ineficaz, nunca fue puesta en duda. Sólo recientemente se escuchan posibles soluciones alternativas que, sin embargo, no logran desarrollar plenamente porque, en el contexto general, siguen siendo acalladas.

Este Senado también será importante para discutir la moralidad en el ejercicio del poder público. El sistema democrático imperante, en realidad, no tiene mecanismos de control de este aspecto central de la vida social. Las instituciones existentes como los tribunales de cuentas y el propio sistema de fiscalía o ministerio público son abiertamente incapaces de ejercer un control mínimo razonable. Los problemas de moralidad emergen, fundamentalmente, por presión de los medios de comunicación que, desde luego, eligen qué discutir y qué no, en función de variables que no siempre son transparentes.

Pero, además, está la moralidad en el ejercicio del poder de determinados altos funcionarios como, por ejemplo, los parlamentarios. Ellos, en virtud de tradiciones históricas, son quienes se controlan a sí mismos: nadie puede ser acusado ni preso sin autorización del órgano legislativo. A menudo, este tipo de control de la moralidad pública es manejado con criterio de grupo y de “doy para que des”, como ya dijimos antes. Un Senado como el propuesto podría tener mayor posibilidad de discutir y controlar la moralidad del quehacer público, denunciar y promover medidas preventivas y de sanción, inclusive frente a los miembros del órgano legislativo. Esto último sería una innovación atrevida pero interesante para moralizar la actividad de los parlamentarios.

Más allá de la moralidad, está la discusión de cómo funciona en general el aparato del Estado que incluye no solamente al gobierno central o unitario, sino también a las provincias o estados, a los municipios y a las relaciones entre ellos. También debe tratar el tema del centralismo y la descentralización, así como el funcionamiento del aparato de justicia. En fin, el funcionamiento acompasado de quienes toman y ejecutan las decisiones de política ejerciendo el poder público. Ésta es también una discusión postergada en los sistemas actuales, sobre todo cuando la mayoría del órgano legislativo es oficialista: en este caso el control se atenúa y desvanece. Eventualmente, la oscilación pendular del poder entre gobierno y oposición a través del tiempo, hace que se gobierne, pero no se evalúe al orden político y su institucionalidad como tales.

Un tema enormemente controvertido en la discusión política actual, y muchas veces acallado por mayorías oficialistas, es el cumplimiento de los derechos humanos. Contemporáneamente, esto merece una atención especial de un órgano como el Senado que proponemos.

Sin el ánimo de jerarquizar las prioridades, creemos que hay tres ámbitos en los que los derechos humanos son importantes de tratar: el primero es la organización del Estado para su defensa y promoción (cuál es la institucionalidad que los protege, qué pasa con el entrenamiento de la Policía y las Fuerzas Armadas, qué con el aparato de justicia, y así sucesivamente). Es una dimensión difícil de abordar en un congreso de mayoría oficialista.

El segundo es la protección misma de los derechos, especialmente de los llamados económicos y sociales que no son menos exigibles. El tercero son determinados aspectos especialmente complejos de la vida social como el cuidado de derechos esenciales en ámbitos de violencia política o simplemente social (como por ejemplo el narcotráfico).

Consideramos que un senado inspirado en el romanismo, debería tener como funciones centrales el discutir públicamente todos los asuntos políticos que considere relevantes y tratar los temas públicos de la moralidad política y social. Esto debe hacerse en respeto a la intimidad cuando ello sea jurídicamente aplicable. Un senado romanista debería ser un recinto de debate político significativo y una caja de resonancia de la lucha contra la corrupción en todos los ámbitos de interés general de la sociedad. A ello van destinadas las dos primeras atribuciones que proponemos para él.

Otro ámbito de funciones de este Senado debería ser el nombramiento de muchos altos funcionarios que, actualmente, existen y tienen nombramiento de otros órganos de la república, particularmente del órgano Legislativo, que no es idóneo para hacer adecuada selección. Muchas veces, los nombramientos se producen previo *reparto* de cuotas partidarias a fin de mantener influencia en otros órganos. Entre los nombramientos que podría hacer el Senado están los de los defensores del pueblo, los jueces, los magistrados de otros tribunales incluido el Tribunal Constitucional o su equivalente, los fiscales, los presidentes de superintendencias encargadas de la regulación de los asuntos de interés público. Cabría esperar que el nombramiento en este Senado, sea mejor que el que normalmente se hace por cuotas partidarias en los órganos de representación política. Además, habría que establecer regulaciones para que sea hecho en el tiempo apropiado.

Los magistrados elegidos serían dotados de legitimidad democrática indirecta y de inmunidad política frente a los poderes políticos que son los que los nombran en la actualidad. Con el sistema actualmente existente, todos los mencionados en el párrafo anterior tienen la condición de funcionarios y eso los limita en su actuación porque el Estado contemporáneo legitima el poder democrático mediante el voto popular, sea cual fuere la forma de ejercitarlo. Si el funcionario tiene mandato popular gobierna pero, si no lo tiene, será un subordinado administrativo.

Pensamos que ensayar que un Senado como el propuesto elija a estos magistrados les daría legitimidad popular indirecta y, además, los independizaría de las lealtades políticas porque no deberían el cargo a los políticos de turno en el poder. No necesitamos recordar que, en Roma, las magistraturas más importantes eran todas elegidas en comicios que les daban, así,

legitimidad política para decidir. Esto se ha perdido en buena parte de las magistraturas contemporáneas.

Desde luego, como titular de los nombramientos, el Senado debería también ser titular de las destituciones respectivas por las causales que se establezcan y que, en términos generales son aquellas que tienen que ver con la conducta presuntamente delictiva a ser investigada y juzgada por los tribunales ordinarios, así como por las infracciones fehacientes a la Constitución y las leyes. Esta función es indispensable para garantizar la integridad de conducta de los magistrados a nombrar por el Senado.

Un ámbito adicional de actuación de un Senado de este tipo debería ser el tomar cuenta de su actuación política a los altos funcionarios, incluidos los miembros del órgano legislativo elegido. Esto lo convertiría en un vigilante de la honestidad política en la República y buscaría eliminar las formas de “doy para que des” que actualmente existen. Esta esfera de actuación debería incluir la posibilidad de denunciar ante las autoridades competentes a quienes cometen actos ilegales, penales, o a quienes actúan en infracción de la Constitución desde el poder de la República. Debería estar premunido de atribuciones para recibir, dar a publicidad e investigar las denuncias que el pueblo haga sobre los funcionarios públicos de todo nivel. La colaboración con el sistema de fiscalía o ministerio público debe ser esencial en este ámbito. Esta función tiene vinculación directa con la que el Senado romano tenía en relación a las causas penales de importancia general.

Desde luego, hay que evitar que los propios senadores se vuelvan impunes en el ejercicio de sus cargos. Deberían a su vez ser escrutados, por ejemplo, por el ministerio público y, dado el caso, denunciados ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

Un senado de inspiración romanista podría ser el órgano que resuelva los conflictos de poder que se susciten entre sí en las magistraturas constitucionales. Es una función que entronca perfectamente con la supervisión de la constitucionalidad de la vida política que tuvo el Senado romano. Un ejemplo de estos conflictos es el de la precisión de los límites territoriales políticos internos, trátase de gobiernos regionales o estatales, o de municipios, o de otras unidades de ejercicio regional o local de poder interno. Son temas que afectan la vida cotidiana de las personas y que les producen daños a veces graves, sobre todo cuando la disputa es entre instituciones públicas como las municipalidades, que prestan servicios esenciales y cobran tributos por ellos.

De otro lado, están los estados que actualmente conocemos como de suspensión de garantías constitucionales o de estado de sitio, ante convulsiones graves de la vida en la sociedad, que dan lugar a la configuración de magistraturas de naturaleza dictatorial por un tiempo determinado. El Se-

nado romano dictaba el *senatus consultum ultimum* cuando estimaba necesario salvar la república. Es una medida de interés público que bien puede residir en un órgano de equilibrio, antes que en uno de pura decisión política como son el legislativo o el ejecutivo contemporáneos.

También estimamos que este Senado podría resolver los conflictos entre los órganos del Estado por el ejercicio de sus competencias. Actualmente esta función la cumple el Tribunal Constitucional a través del proceso competencial, pero sólo se refiere a los órganos constitucionales entre sí. El Tribunal Constitucional no ve conflictos entre órganos no constitucionales, ni entre uno constitucional y otro que no lo es. Sería una colaboración a elaborar una *República de Derecho* sólidamente constituida.

El conjunto de estas atribuciones ubicaría al Senado en una función no vinculada al gobierno cotidiano, sino a temas que son atingentes a la República en sí misma, como estructura política. De esta forma, se mantendría un esquema esencial de distribución de responsabilidades entre los órganos de mayor nivel. Dentro de este esquema, estimamos que el Senado de inspiración romanista podría interpolarse sin afectar la actuación de los diferentes órganos, pero garantizando de mejor manera que los actuales, la transparencia de la vida política en varios aspectos.

En virtud de lo dicho, las funciones que proponemos para el Senado de inspiración romanista son las siguientes:

1. Discutir públicamente cualquier asunto de interés general. Entre los temas con permanencia en la dedicación del Senado tendrían que estar los derechos humanos y su cumplimiento; la política internacional; la moralidad de la vida pública incluidos temas de especial dramatismo como el narcotráfico o el terrorismo donde tuvieran presencia; la guerra y la paz; la distribución de poder y de competencias entre los niveles central, regional y local de organización del Estado.
2. Hacer las recomendaciones que estime pertinentes para la moralidad de la vida política y social.
3. Nombrar y remover a los altos magistrados de la República política que señalen las leyes, dándoles legitimidad popular electoral indirecta. Entre ellos deberían estar: la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía de la Nación y los fiscales, la Contraloría General de la República, La Corte Suprema de Justicia y los jueces, los miembros del Tribunal Constitucional, los superintendentes de diversos sectores de la vida social y económica.

4. Destituir a los magistrados que nombre, cuando incurran en conductas delictivas así declaradas por los tribunales ordinarios, o cuando cometan infracciones fehacientes a la Constitución o a las leyes. Mientras duren los procesos y siempre que sea conveniente y debidamente fundamentado, el Senado podrá suspender en sus funciones a los magistrados involucrados.
5. Tomar cuenta de su actuación política a todos los magistrados de la República y a los altos funcionarios, de oficio o por decisión del pueblo.
6. Denunciar ante el ministerio público a los magistrados y altos funcionarios de la República que, presumiblemente, hayan cometido delito o infracción a la Constitución.
7. Resolver los conflictos de poder que ocurran entre las magistraturas constitucionales.
8. Proponer a aprobación por ley del pueblo, la demarcación territorial y política de la república.
9. Aprobar el régimen de suspensión derechos conocido actualmente como estado de emergencia o de sitio.
10. Resolver los conflictos entre órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones (función que hoy realiza el Tribunal Constitucional a través del proceso competencial).

Por su composición, estimamos que el Senado que proponemos tendría debate más consistente y opinión de mayor peso que los órganos legislativos contemporáneos. La experiencia de gobierno o de conducción social de sus miembros les permitiría muchos más elementos de juicio para dar opinión sobre estos temas. Desde luego, este Senado tendría complejos problemas que enfrentar en su quehacer y debería no sólo ser un pleno de debates, sino también un órgano debidamente organizado y avituallado para contar con elementos de juicio, información y ayudas técnicas, que le permitan desarrollar con eficiencia el conjunto de debates y propuestas públicas que está llamado a realizar. En este sentido, no es posible pensar simplemente en un cenáculo de oradores político-sociales, sino también en un organismo estructurado y organizado para el trabajo permanente, cotidiano con dominio de la información y del conocimiento de las cosas.

Sería un ensayo interesante y original en un contexto institucional en el que no hay instituciones de continuidad y de *auctoritas*: todos los gobernantes y magistrados contemporáneos responden exclusivamente al voto popular y están sujetos a reelección o no reelección. Cuando el espíritu del electorado cambia, cambian también casi todas las personas que ejercen

cargos de gobierno y ciertas continuidades que debieran existir no quedan garantizadas en absoluto.

Por lo demás, la elección de los altos magistrados que hemos indicado por este Senado, les contagiaría su *auctoritas* y les daría una independencia de la que actualmente carecen, frente a los poderes políticos que los nombran.

Una *auctoritas* como ésta podría ser un instrumento de poder útil frente a la corrupción de la política pública. Resaltamos la conjugación condicional del verbo principal. En todo caso, es bueno notar que, en general, en el sistema político actualmente vigente, no existe verdaderamente una *auctoritas* moral contra la corrupción, ni tampoco existe una institucionalidad que, de veras, la controle y asfixie. Todos los instrumentos del Estado-nación contemporáneo, actúan preponderantemente *ex post* los hechos de corrupción, no *ex ante* ni con capacidad de decisión vertical que la atemorice y reprima. Esto tiene que ver con el tema del *imperium* que tratamos inmediatamente después.

En nuestro criterio, la propuesta de un Senado con este tipo de *auctoritas*, parece ser un aporte trascendental de Roma al mundo contemporáneo. Desde luego, es preciso situar tal propuesta sistemáticamente dentro de la Constitución, no como un apéndice incompatible con la lógica del todo.

Finalmente, debería establecerse la posibilidad de que el pueblo se pronunciara sobre la pertinencia de cambiar al Senado si es que incumple sus funciones. No puede haber órgano político al margen del control político. En este caso, en nuestro criterio alguna magistratura debiera proponer la posibilidad de establecer un referéndum de renovación del Senado, con requisitos especiales y votada ad referéndum por el pueblo.

Estudios latinoamericanos de derecho romano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 24 de noviembre de 2017 en los talleres de Data Print, S. A. de C. V., Georgia 181, colonia Nápoles, delegación Benito Juárez, 03810 Ciudad de México, tel. 5672 3912. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).